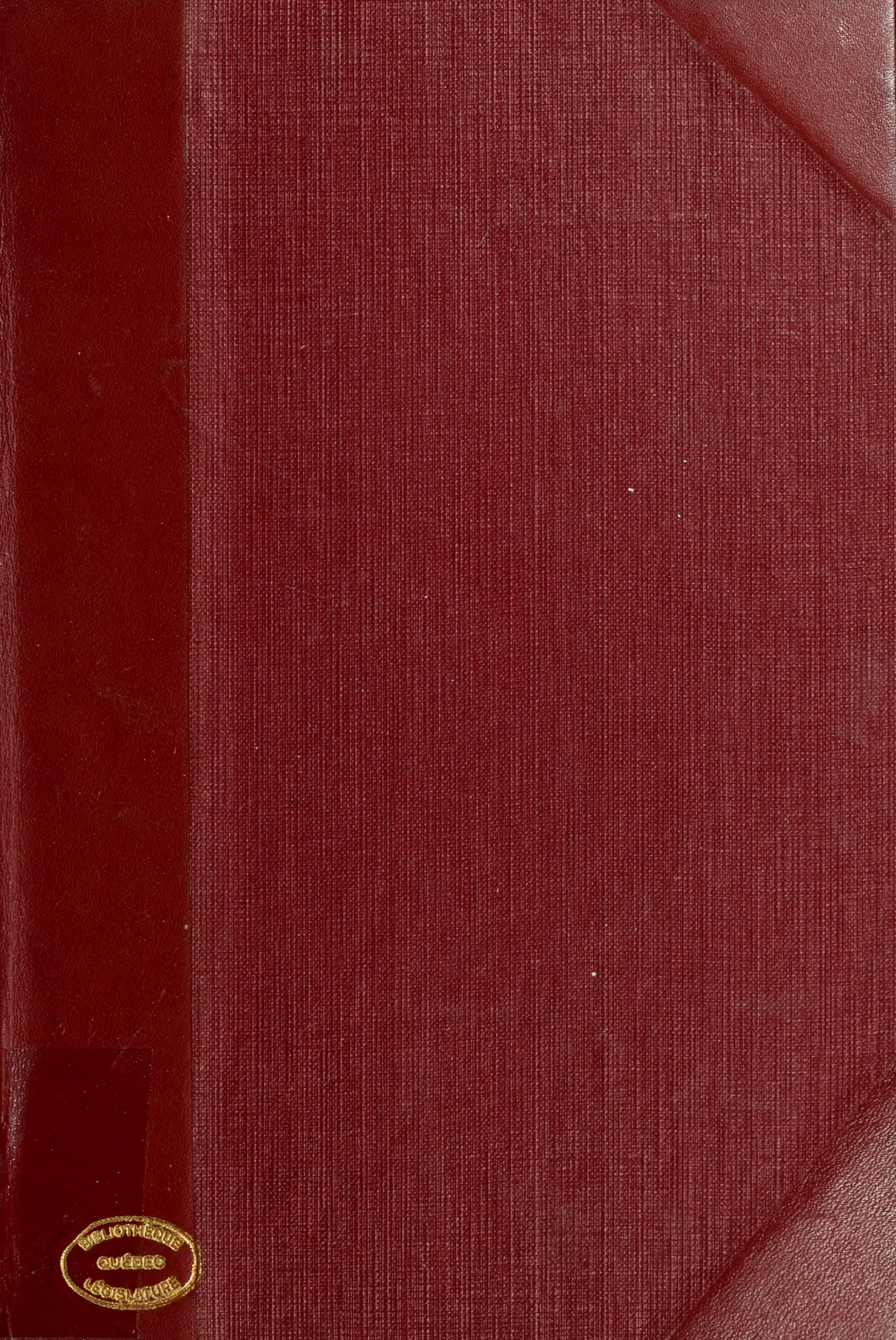
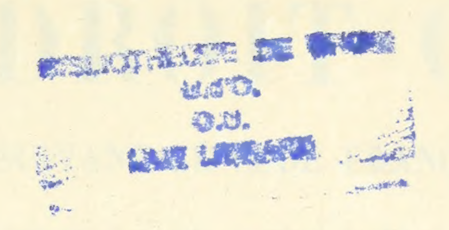

BIBLIOTHÈQUE
QUÉBEC
LÉGISLATURE

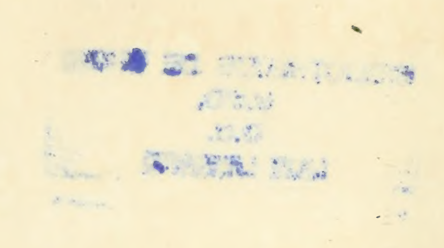


COURS

DE DROIT CIVIL

SUIVANT LE CODE FRANÇAIS.





IMP. DE HAUMAN ET Ce. — DELTOMBE, GÉRANT
Rue du Nord, n° 8.

COURS

DE DROIT CIVIL

SUIVANT LE CODE FRANÇAIS,

AVEC DES SOMMAIRES OU EXPOSÉS ANALYTIQUES EN TÊTE DE CHAQUE CHAPITRE ET SECTION DE MATIÈRE,
UNE TABLE GÉNÉRALE A LA FIN DE CHAQUE VOLUME ET DES NOTES INDICATIVES DES LOIS ROMAINES ET ANCIENNES ORDONNANCES OÙ ONT ÉTÉ PUISÉES LES LOIS NOUVELLES,
ET CONTENANT LES OBSERVATIONS QUI NE POUVAIENT ENTRER DANS LE TEXTE SANS EN INTERROMPRE LA MARCHE;

PAR M. DURANTON,

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE PARIS, MEMBRE DE LA LÉGION D'HONNEUR.

QUATRIÈME ÉDITION,

CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE,

CONTENANT

LE TEXTE DES LOIS QUI ONT MODIFIÉ LA LÉGISLATION EN BELGIQUE,
LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION ET DES COURS D'APPEL BELGES,
LE RENVOI DE CHAQUE ARTICLE DU CODE FRANÇAIS A L'ARTICLE CORRESPONDANT DU NOUVEAU CODE DE HOLLANDE;
LA CONCORDANCE ENTRE LE CODE CIVIL FRANÇAIS ET LES CODES ÉTRANGERS;
LE TEXTE DES CODES 1° FRANÇAIS; 2° DES DEUX-SICILES; 3° DE LA LOUISIANE; 4° SARDE;
5° DU CANTON DE VAUD; 6° HOLLANDAIS;
7° BAVAROIS; 8° AUTRICHIEN; 9° PRUSSIEN; 10° SUÉDOIS; 11° DE BERNE;
12° DE FRIBOURG; 13° D'ARGOVIE; 14° DE BADE; 15° D'HAÏTI,
ET LES LOIS HYPOTHÉCAIRES DE 1° SUÈDE; 2° WURTEMBERG; 3° GENÈVE; 4° FRIBOURG;
5° SAINT-GALL; 6° LA GRÈCE;

SUIVIE

D'UNE TABLE ANALYTIQUE PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

TOME SEPTIÈME.

BRUXELLES.

SOCIÉTÉ BELGE DE LIBRAIRIE.

HAUMAN ET Ce.

ÉDITEUR DES ARCHIVES DE DROIT ET DE LÉGISLATION ET DES OUVRAGES DE BEAUMONT ET TOCQUEVILLE, BENJAMIN CONSTANT, BENTHAM, BOILEUX ET PONCELET, BONCENNE, BOITARD, BOULAY-PATY, COMTE, COOPER, DUCPÉTIAUX, DUPIN AÎNÉ, GUIZOT, GÉRARD, LHERMINIER, MICHELET, MUHLENBRUCH, NOUGUIER, PARDESSUS, RAU, ROSSI, SAVIGNY, VATTEL, ETC., ETC.

1841

AVIS DES ÉDITEURS.

La Concordance du Code civil Français avec le nouveau Code Hollandais qui se trouve à la fin de chaque volume, n'a pas été indiquée au bas de chaque page de ce volume.

On trouvera à la fin de l'ouvrage une table générale de Concordance, suivant le Code civil Français, de l'article 1 à l'article 2281, avec renvoi de chaque article à celui du Code Hollandais correspondant.

Avec cette table il sera facile de trouver la Concordance des Codes, non-seulement à mesure que les articles se présentent dans l'ouvrage, mais encore pour tous les articles du Code qui n'auraient pas été traités par M. Duranton.

COURS

DE DROIT FRANÇAIS

SUIVANT

LE CODE CIVIL.

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

SUITE DU TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

1. *Transition à l'extinction des obligations.*
2. *Comment elles s'éteignent d'après l'article 1234.*
3. *On peut aussi regarder, dans certains cas, comme moyen d'extinction des obligations, l'exception qui naît de l'autorité de la chose jugée.*
4. *Les transactions sont aussi une manière d'éteindre les obligations, du moins en partie.*
5. *La volonté d'un seul des contractants suffit, dans certains contrats, pour leur faire cesser de produire des effets pour l'avenir.*
6. *Certaines obligations s'éteignent aussi par l'expiration du temps pour lequel elles ont été consenties.*
7. *D'autres, par la mort du créancier, ou du débiteur, ou d'un tiers.*

1. Tout ce qui concerne la formation des contrats et des obligations conventionnelles en général, ainsi que leurs effets et les différentes modalités dont elles peuvent être affectées, ayant été traité dans les deux volumes précédents, nous avons maintenant à parler des diverses manières dont elles s'éteignent. C'est l'objet du chapitre V de ce titre.

Nous n'aurons plus ensuite qu'à développer les règles concernant les différents genres de preuves, d'après lesquelles on peut constater, soit l'existence des obligations, soit leur extinction.

2. Suivant l'article 1234 du Code, les obligations s'éteignent :

Par le payement,
Par la novation,
Par la remise volontaire,
Par la compensation,
Par la confusion,

Par la perte de la chose,

Par la nullité (1) ou la rescision,

Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent,

Et par la prescription, qui est l'objet d'un titre particulier dans le Code.

3. On peut aussi regarder, comme moyen d'extinction des obligations, la présomption légale attachée à la force de la chose jugée. Lorsqu'un jugement qui a acquis cette autorité a donné congé de la demande en payement d'une dette qui existait réellement, ce jugement produit une exception contre une nouvelle demande du même objet formée entre les même parties, agissant en la même qualité l'une et l'autre, et fondée sur la même cause (art. 1350 et 1351). Il établit une présomption de droit, ou qu'il n'y avait pas de dette, ou que celle qui existait a été éteinte par un des moyens énoncés ci-dessus; mais c'est précisément parce que de la chose jugée découle cette présomption, qu'on peut dire que l'autorité que la loi attache à la chose jugée est une manière d'éteindre les obligations, lorsqu'il y avait réellement dette (2).

4. Les transactions sont aussi une manière d'éteindre les obligations, du moins en partie, en ce que la transaction emporte abandon des prétentions réciproques pour une partie plus ou moins considérable de l'obligation, selon la convention; mais elles rentrent plus ou moins dans la remise conventionnelle; et le mutuel dissentiment y rentre aussi, ainsi que nous l'expliquerons en parlant de la remise de la dette.

5. La volonté d'une seule des parties suffit même, dans certains contrats, pour leur faire cesser de produire des effets pour l'avenir; comme la société, le mandat, le dépôt.

6. Les obligations s'éteignent aussi, ainsi que l'usufruit, l'usage, l'emphytéose et autres droits analogues, par l'expiration du temps pour lequel elles ont été consenties. Ainsi, l'obligation de payer une prestation annuelle de telle chose ou de telle somme pendant dix ans, par exemple, prend fin, pour l'avenir, par l'expiration de ces dix années.

7. Et les prestations ou rentes viagères prennent fin par la mort de la personne sur la tête de laquelle elles ont été constituées; comme les droits d'usage, d'habitation, et autres droits purement personnels, s'éteignent par la mort de la personne au profit de laquelle le droit a été établi, soit qu'il eût été déjà exercé ou non.

Bien mieux, la mort du créancier ou du débiteur peut opérer l'extinction même d'une obligation consistant en une somme ou une chose due en une seule fois, lorsque telle a été la convention des parties : nous en avons donné des exemples en parlant de l'effet des conventions par rapport aux héritiers ayants cause des contractants, tome V, nos 256 et suivants.

SECTION PREMIÈRE.

DU PAYEMENT.

SOMMAIRE.

8. *Division de la section.*

8. Nous aurons d'abord à traiter du payement en général;

Ensuite, du payement avec subrogation;

Dans un troisième paragraphe, de l'imputation des payements;

Dans un quatrième, des offres de payement et de consignation;

Enfin cinquièmement, de la cession de biens.

C'est la division qu'ont suivie les rédacteurs du Code, et elle embrasse tout ce qui est relatif au payement.

(1) C'est-à-dire par l'effet de l'action en nullité, ou, en d'autres termes, par le jugement qui prononce la nullité.

(2) Dans le droit romain, l'obligation ne subsistait pas moins encore, nonobstant le jugement qui avait donné congé de la demande au défendeur; ensorte que l'action subsistait toujours en principe contre ce dernier; mais il la repoussait *per exceptionem rei judicatæ*. § 5, Instit. *de except.*

§ Ier.

Du payement en général.

SOMMAIRE.

qu'elle ait été suivie des formalités voulues par la loi.

63. *Le débiteur qui a payé les créanciers au mépris d'une saisie doit rendre indemne le saisissant.*

64. *Si, dans le cas de plusieurs saisies, il a fait un payement à l'un des saisissants, il doit payer aux autres ce qu'ils auraient eu dans la distribution sans ce payement, ni plus ni moins.*

65. *Le payement fait par le débiteur à son créancier lorsqu'il y avait déjà une saisie, ne peut nuire au saisissant, mais les saisissants postérieurs ne peuvent s'en plaindre.*

66. *Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé.*

67. *Pourvu toutefois qu'il n'y ait eu aucune faute de la part du débiteur; en conséquence, le payement d'une lettre de change avant l'échéance ne le libérait point si la lettre n'appartenait pas à celui qui l'a reçu.*

68. *Mais le payement fait de bonne foi à l'échéance même sur un faux endossement, libère le débiteur.*

69. *Il en est de même de celui qui a été fait à un héritier qui s'est fait ensuite relever de son acceptation de la succession en vertu de l'art. 883 du Code.*

70. *Et de celui qui a été fait au possesseur de l'hérédité qui est ensuite évincé, quoique ce possesseur fût de mauvaise foi, et ne possédât même la succession que d'après un faux testament.*

71. *Le débiteur doit payer la chose due, et le créancier ne peut être forcé d'en recevoir une autre à la plaee.*

72. *Si par erreur il en avait reçu une autre, il pourrait, en offrant de la restituer, demander celle qui lui avait été promise.*

73. *Dans les obligations de faire une chose qui ne pouvait être faite que par le débiteur, le créancier est bien obligé de se contenter des dommages-intérêts, mais ces dommages-intérêts n'étaient point dans l'obligation d'une manière directe; conséquence.*

74. *Il en est de même, dans certains cas, dans les obligations de donner.*

75. *Par suite des règles touchant la compensation, le créancier, dans quelques cas, est bien obligé aussi de se contenter d'une autre chose que celle qui lui était due.*

76. *Espèce décidée dans le droit romain, et qui le serait différemment dans notre droit.*

77. *Le défendeur à l'action en rescision d'un contrat de vente d'immeubles pour cause de vileté du prix, ou à l'action en rescision d'un partage pour cause de lésion de plus du quart, peut en arrêter le cours par l'offre d'un supplément de prix ou de lot, et paye ainsi autre chose que l'objet de l'action.*

78. *Transition à la dation en payement.*

79. *Ce qu'on entend par* dation en payement.

80. *Affinité de cet acte avec la vente et l'échange.*

81. *Dans le cas même où c'est en acquit d'une dette en numéraire qu'une chose est livrée au créancier, il importe de distinguer si les parties ont entendu faire une vente, ou seulement une simple dation en payement; développements.*

82. *Le créancier, dans le cas de dation en payement, a-t-il, s'il est ensuite évincé, son ancienne action contre le débiteur, ou bien seulement l'action en garantie pour achat, ou l'une ou l'autre, à son choix? Droit romain sur ce point; la question résolue en principe sous le Code, et aussi en ce qui concerne la caution de la première obligation.*

83. *Le créancier n'est point forcé de recevoir en partie le payement d'une dette même divisible.*

84. *Le principe n'est point applicable aux héritiers du débiteur.*

85. *Il souffre exception aussi à l'égard du débiteur lui-même dans le cas de compensation.*

86. *Il ne s'applique pas au cas où la dette est payable en plusieurs temps, ou en plusieurs lieux.*

87. *Mais il s'applique aux cofidéjusseurs comme au débiteur principal, sauf à ce-*

lui qui serait poursuivi, à proposer le bénéfice de division, s'il n'y avait pas renoncé.

88. *Comment doit être entendue la faculté laissée au juge par l'art. 1244, d'accorder au débiteur des délais modérés, en considération de sa position.*

89. *Différents cas dans lesquels il n'y a pas lieu d'accorder des délais malgré le créancier.*

90. *Quand la chose due n'est déterminée que par l'espèce à laquelle elle appartient, le débiteur n'est point obligé de la donner de la meilleure qualité, mais il ne peut l'offrir de la plus mauvaise.*

91. *Dans les obligations de sommes, le débiteur doit payer la somme numérique portée au contrat, et en espèces ayant cours au jour du payement, soit qu'il y ait eu augmentation ou diminution de valeur dans les monnaies.*

92. *Un dépôt de somme monnayée doit être restitué dans les mêmes espèces, soit qu'il y ait eu augmentation ou diminution de valeur dans les monnaies.*

93. *Un prêt d'espèces prêtées* ut corpora *doit être restitué en mêmes espèces et même quantité, sans égard aussi à l'augmentation ou diminution de valeur qu'auraient subie ces espèces.*

94. *Et dans tous les cas, si le débiteur a été en demeure de se libérer, et que, depuis, une augmentation de valeur légale seulement soit survenue dans les monnaies, il doit rendre le créancier indemne du préjudice que cela peut lui causer.*

95. *Le débiteur d'un corps certain n'est point responsable des détériorations que la chose a éprouvées, pourvu qu'elles aient eu lieu sans son fait ou sa faute, et sans qu'il fût alors en demeure.*

96. *Si les détériorations survenues même pendant la demeure du débiteur eussent dû arriver également chez le créancier, si la chose lui eût été livrée, le débiteur n'en serait point non plus responsable.*

97. *Dans quel lieu le payement doit être fait; distinctions à faire; texte de l'art. 1247.*

98. *Quelques distinctions aussi à raison de certains contrats.*

99. *L'indication d'un lieu pour le payement n'attribue point, en matière non commerciale, compétence au tribunal de ce lieu pour connaître de la demande.*

100. *En sens inverse l'élection d'un domicile pour l'exécution de l'acte, dans le sens de l'art. 111 du Code civil, n'est point par elle-même une indication de lieu pour y faire le payement.*

101. *En général, le débiteur doit payer au lieu où il avait son domicile lors du contrat, et non pas au lieu où il l'aurait transporté depuis; même décision quand le payement devrait être fait au domicile du créancier qui en a ensuite changé.*

102. *Mais cela ne change en rien la compétence ordinaire; le débiteur n'en devra pas moins, s'il n'y a pas d'élection de domicile, être assigné au tribunal de son domicile actuel.*

103. *Dans le doute sur la nature de la mesure, les parties sont généralement censées avoir eu en vue celle où le mesurage doit avoir lieu.*

104. *Les frais du payement sont à la charge du débiteur, ce qui comprend le coût de la quittance par-devant notaire, du papier marqué et le droit d'enregistrement.*

105. *Les frais de mesurage sont aussi à la charge du débiteur, mais ceux d'enlèvement sont à la charge du créancier.*

106. *Le coût du* transit *ou droit de circulation pour les vins et autres liquides, est à la charge du créancier de la marchandise, ou de l'acheteur, sauf convention contraire. Pothier décidait en sens opposé.*

107. *La loi du 3 septembre 1807 décide qui doit supporter les frais d'enregistrement des promesses sous seing privé, lorsqu'il a lieu avant l'échéance.*

ART. Ier.

Définition du payement, ce qu'il suppose, et conséquences.

9. Le payement est la délivrance, remise ou tradition de ce qui est dû, la prestation réelle de l'objet de l'obligation. Ce mot exprime ce

qu'exprimait dans le droit romain le mot *solutio* pris dans son sens propre et spécial, où il s'entendait *de præstatione ejus quod debetur.* Mais dans un sens général, le mot *solutio* s'entendait de la libération du débiteur, de l'extinction de la dette opérée d'une manière quelconque, et comprenait ainsi la novation, la compensation, etc.

10. La première règle qu'établit le Code en cette matière, c'est que tout payement suppose une dette; d'où il tire la conséquence que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition (art. 1235). On ne doit pas en effet s'enrichir aux dépens d'autrui. Mais la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées (*ibid.*). Les développements du principe que tout payement suppose une dette, et de sa conséquence que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, se trouvant placés au titre suivant, *des engagements qui se forment sans convention,* chapitre premier *des quasi-contrats,* c'est là que nous analyserons les effets du droit de répétition.

11. Nous dirons toutefois ici que, puisque tout payement suppose une dette, on doit conclure de là que c'est à celui qui a payé et qui veut répéter, comme l'ayant fait mal à propos, à prouver qu'il ne devait pas : *Præsumptionem pro eo esse qui accipit, nemo dubitat,* dit le jurisconsulte Paul dans la loi 25, *princip.* ff., *de probat. et præsumpt. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facilè suas pecunias jactet et indebitas effundat.* Le Code consacre cette présomption de l'existence de la dette, de la manière la plus positive, en disant que tout payement suppose une dette; or, celui qui a en sa faveur une présomption de la loi n'a rien à prouver (art. 1352). Celui qui a reçu est donc affranchi de la preuve de l'existence de la dette, preuve qu'il aurait eue à faire s'il eût agi en payement.

12. Cette loi faisait toutefois une distinction fort judicieuse, et qui devrait être également suivie sous le Code, quoiqu'il ne la consacre pas textuellement. Si celui qui avait reçu le payement niait l'avoir reçu, sur la demande en répétition, et était convaincu de mauvaise foi par la preuve du demandeur, alors c'était à lui à prouver qu'il y avait dette, que ce qui lui avait été payé l'avait été pour une cause suffisante : *Per enim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquàm fuerit convictus eum accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere.* Mais s'il avait confessé avoir reçu le payement, c'était au demandeur en restitution à prouver que la cause pour laquelle il avait payé était fausse, qu'il avait payé sans devoir. Le défendeur en répétition, en niant avoir reçu le payement, niait par cela même avoir reçu le payement d'une dette; il détruisait la présomption qu'il y avait dette, il fournissait contre lui une présomption au moins aussi forte que celle qui résultait en sa faveur du payement, et il ramenait ainsi les choses au même état qu'avant qu'il fût fait. Or, dans cet état de choses, c'est à celui qui prétend qu'il existe une obligation à son profit, à en justifier. (Art. 1315.)

Ces raisons sont d'une justesse si évidente, qu'il n'y a pas à balancer à adopter la distinction de la loi romaine, quoique le Code ne la fasse pas textuellement. Seulement si le payement avait été fait à l'auteur du défendeur à la demande en restitution, celui-ci pourrait se borner à déclarer qu'il n'en a pas connaissance, parce qu'en effet il pourrait l'ignorer. Dans ce cas, la preuve du payement ne devrait pas avoir pour effet nécessaire de détruire la présomption que tout payement suppose une dette. L'art. 1323 fournit un puissant argument pour le décider ainsi, surtout si on le rapproche de l'art. 213 du Code de procédure, qui prononce bien une condamnation de 150 fr. contre celui qui a dénié une pièce reconnue ensuite avoir été signée ou écrite par lui, mais qui ne prononce point cette condamnation contre celui qui s'est simplement borné à déclarer ne pas reconnaître une pièce qui a été cependant reconnue avoir été écrite ou signée par son auteur.

13. Cette même loi, ci-dessus citée, faisait toutefois une autre distinction, tirée de la qualité de la personne qui avait payé; mais la décision du jurisconsulte romain à ce sujet ne

saurait être admise dans notre droit, du moins sans restriction. Lorsque le payement avait été fait par un mineur, ou une personne du sexe féminin, ou par un militaire, ou un agriculteur, ou toute autre personne qui manquait totalement d'instruction, alors c'était à celui qui avait reçu le payement à prouver qu'il y avait dette, lors même qu'il n'avait pas nié l'avoir reçu; car ces personnes étaient réputées ne pas connaître le droit, et cette ignorance détruisait la présomption qu'elles avaient payé pour une juste cause; elles avaient seulement à prouver le payement, et c'était à celui qui avait reçu, à justifier que ce qui lui avait été payé lui était dû, qu'il eût pu exiger ce payement. D'où il suivait que si l'une de ces personnes eût payé une dette simplement naturelle, ou une dette à la demande de laquelle elle eût pu opposer une exception tirée soit de la loi, soit d'un sénatus-consulte ou du droit prétorien, ou une exception de fait, il n'y avait pas lieu de lui objecter, sur la demande en répétition, que c'était sa faute de n'avoir pas fait valoir l'exception qu'elle pouvait opposer pour se dispenser de payer la dette; au lieu que si dans le même cas, le payement eût été fait par un majeur, réputé d'ailleurs connaître le droit, ce majeur n'eût pu répéter, du moins dans la plupart des cas, parce qu'il y avait dette, et qu'en ne faisant pas valoir l'exception qui le protégeait, il avait à se reprocher sa faute : son erreur était de droit, et il était censé connaître le droit.

Chez nous, les militaires, les agriculteurs, les personnes même entièrement dépourvues de toute instruction, et les personnes du sexe féminin (sauf les règles relatives à l'incapacité des femmes mariées non dûment autorisées), ne sont pas plus réputés ignorer le droit que les autres citoyens, et l'exception de la loi romaine sur le cas dont il s'agit ne leur serait point applicable. En conséquence, si l'une de ces personnes a fait un payement, la présomption qu'il y avait dette a toute sa force, comme si c'eût été un autre citoyen qui eût fait ce payement. Ce sera donc à elle à la détruire, en prouvant que la dette n'existait pas.

Mais si le payement a été fait par un incapable, ce sera à celui qui l'a reçu à prouver que la chose lui était due, et l'incapable n'aura pas valablement renoncé, par ce payement, aux exceptions qu'il pouvait opposer à la demande du créancier. Nous reviendrons au surplus sur ces points au titre suivant, quand nous traiterons *ex professo* de l'action en répétition du payement fait indûment.

Art. II.

Par qui l'obligation peut être acquittée.

14. Suivant l'article 1236, « une obligation » peut être acquittée par toute personne qui y » est intéressée, telle qu'un coobligé ou une » caution. »

Par conséquent, elle peut être acquittée aussi par le détenteur des biens hypothéqués à la dette.

Bien mieux, l'article ajoute que « l'obligation » peut même être acquittée par un tiers qui » n'y est point intéressé, pourvu qu'il agisse » au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, *s'il » agit en son nom, il ne soit pas subrogé aux » droits du créancier.* »

Cette dernière disposition mérite toutefois quelque explication, pour la concilier avec l'article 1250-1°.

15. D'abord en disant que l'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, *pourvu qu'il agisse au nom et en l'acquit du débiteur,* cet article ne suppose pas nécessairement pour cela que le tiers a un mandat à cet effet du débiteur, et qu'il déclare payer en exécution du mandat; car alors ce serait le débiteur lui-même qui serait censé payer par le ministère du mandataire. Il suppose aussi bien que le tiers paye sans mandat, par pure gestion d'affaire; qu'il fait un payement par intervention, comme dans le cas des articles 158 et 159 du Code de commerce, en matière de lettres de change, auxquelles l'article 187 du même Code assimile les billets à ordre quant au payement.

En second lieu, l'article suppose aussi que le tiers, en payant, peut vouloir *agir en son nom,* mais il ajoute : *pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier...* Et cependant l'article 1250-1° autorise le créancier qui reçoit son

payement d'une tierce personne, à la subroger dans tous ses droits contre le débiteur, et il ne distingue pas si le tiers a déclaré payer au nom et en l'acquit du débiteur, ou s'il a simplement déclaré payer la dette d'un tel : dans les deux cas assurément la subrogation consentie par le créancier aurait effet.

Dans le cas de cession d'action proprement dite, de vente ou transport d'une créance, il n'y a aucune difficulté, parce que le cessionnaire agit évidemment dans son seul intérêt, et par conséquent en son nom; et il est légalement subrogé au lieu et place du créancier contre le débiteur. (Art. 1692.)

Mais si j'ai remis de l'argent à une personne pour payer la dette que j'ai contractée au profit de Paul, et que cette personne, débitrice aussi de son côté envers Paul, emploie mon argent à éteindre sa dette, au lieu de payer la mienne, agit en son nom, au lieu d'agir au mien, les lois romaines décident que ni l'un ni l'autre n'est libéré : je ne le suis pas parce que le payement n'ayant pas été fait en mon nom, ma dette n'a pas été soldée; cette personne ne l'est pas davantage, parce qu'elle a payé avec des deniers dont elle n'était pas propriétaire. Elle le serait toutefois si le créancier avait consommé de bonne foi les espèces, pensant qu'elles appartenaient à celui qui les a fait servir au payement de sa dette en payant en son nom. L. 17, ff. *de solutionibus*.

Et le payement fait par quelqu'un qui se croyait débiteur de toute une dette dont il ne devait seulement qu'une partie, ne libère pas celui qui devait le surplus, parce qu'il n'a pas été fait aussi en son nom. L. 101, ff. *de solut.* Seulement il y a lieu, pour celui qui a trop payé, à répéter l'excédant.

Ces cas ne présentent non plus aucune difficulté, et si l'art. 1236 s'était borné à dire que le payement fait par un tiers au nom et en l'acquit du débiteur libère ce dernier, il n'y en aurait pas davantage; il serait simplement résulté de là que lorsque celui qui a fait le payement a agi au nom d'un autre pour éteindre la dette de celui-ci, ou en son propre nom pour éteindre sa propre dette, dette qui n'existait pas, celle du débiteur réel n'est point éteinte. Mais l'article raisonne dans l'hypothèse que c'est bien telle dette qui existe et que je veux acquitter, et il suppose que moi tiers qui veux le payer, je le puis même en agissant en mon nom, mais toutefois *pourvu que je ne sois pas subrogé aux droits du créancier;* tandis qu'ailleurs le Code autorise le créancier à me subroger, sans exiger cependant que je déclare, en payant la dette, la payer *au nom et en l'acquit du débiteur,* me permettant par conséquent d'agir en mon nom, ou du moins de dire que j'agis en mon nom, pour moi, dans mes vues, tout en acquittant la dette d'un tel envers un tel.

Et en effet, lorsque je me présente à Titius pour lui payer la dette de Sempronius, qu'il est bien certain que c'est cette dette et non celle d'un autre que je veux solder, qu'importe que je dise que j'agis en mon nom, de mon propre mouvement, sans mandat, ou que je dise que j'agis au nom et en l'acquit de Sempronius, dont je n'ai cependant reçu non plus aucun mandat? Et pourquoi, si Titius peut me subroger dans le dernier cas, ce qui n'est pas douteux d'après l'art. 1250-1°, ne pourrait-il pas également le faire dans le premier? D'ailleurs, il peut me céder, vendre, transporter sa créance, et cette opération emporte virtuellement et légalement tous les effets d'une subrogation formelle (art. 1692). C'est donc aux effets que le tiers qui a fait le payement et celui qui l'a reçu ont voulu lui faire produire, qu'il faut s'attacher, plutôt que de s'arrêter aux termes dont s'est servi le tiers en payant. Ordinairement même le tiers se présente en disant simplement qu'il vient payer la dette de M. un tel et la quittance constate simplement aussi que le créancier a reçu de M. un tel le montant de sa créance sur un tel; et s'il y est déclaré qu'il le subroge à ses droits, la subrogation vaut certainement, quoique le tiers n'ait pas dit dans l'acte de payement qu'il agissait au nom et en l'acquit de M. un tel. Il a agi en son acquit au moins envers le créancier, quoiqu'il n'ait pas dit agir en son nom, et cela suffit pour qu'il ait pu être subrogé, puisque, encore une fois, il aurait pu l'être sans faire de payement, en achetant la créance.

Sans doute le créancier n'est point obligé de lui consentir la subrogation, parce que le tiers, de cette manière, pourrait se procurer les moyens de vexer le débiteur, deviendrait peut-

être pour lui un créancier beaucoup plus fâcheux; et c'est uniquement ce que l'on a voulu prévenir en disant qu'un tiers peut même payer la dette *en son nom, pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*. Ce serait d'ailleurs forcer celui-ci à vendre sa créance; car celui qui subroge en recevant son payement est en quelque sorte censé la vendre : *Non enim in solutum accipit, sed quodammodò nomen debitoris vendidit.* L. 36, ff. *de fidejuss., et mandat.* (1). Or, on ne peut être forcé de céder sa chose que pour cause d'utilité publique (article 544).

C'est donc parce que les rédacteurs du Code ont vu dans ce payement fait par le tiers en son nom avec subrogation, une sorte d'achat de la créance, plutôt qu'un véritable payement de la dette (2) (puisqu'il n'y a qu'un changement de créancier, comme dans la cession d'action proprement dite), qu'ils ont ainsi rédigé l'art. 1236, voulant dire qu'alors ce ne serait plus un véritable payement, comme celui qui est fait au nom et en l'acquit du débiteur, sans subrogation, cas dans lequel la créance est réellement éteinte avec tous ses accessoires, sauf au tiers à réclamer son indemnité du débiteur, s'il y a lieu. Mais comme ce n'en est pas non plus un véritable, celui qui est fait dans les termes de l'art. 1250-1°, la rédaction de l'art. 1236 reste toujours fort obscure et même inexacte sous ce rapport.

Quoi qu'il en soit, rien n'empêche le créancier de subroger le tiers en recevant de lui son payement, soit que celui-ci déclare payer en son nom, soit qu'il déclare payer au nom du débiteur; la subrogation n'en aura pas moins les mêmes effets, et si ce n'est pas un véritable payement dans le premier cas, ce n'en sera pas davantage un dans le second : dans tous deux le débiteur seulement sera libéré envers le créancier, mais il n'en restera pas moins tenu de la dette. Les effets seront même bien peu différents de ceux d'un transport-cession proprement dit.

En matière d'effets de commerce, un tiers quoique absolument étranger à la dette qui paye par intervention, peut forcer le créancier à recevoir son payement, et il est légalement subrogé aux droits du porteur, à la charge d'en remplir les devoirs (art. 158, 159 et 187 du Code de commerce); mais c'est une exception, établie en faveur du commerce. Dans les obligations non commerciales, au contraire, les tiers peuvent seulement se rendre cessionnaires de la créance du consentement du créancier, ou payer avec subrogation si le créancier ou le débiteur consent à subroger, ou si la loi elle-même subroge; autrement le payement qu'ils font éteint la dette d'une manière absolue, sauf l'indemnité de celui qui a payé contre le débiteur : et pour cette indemnité, le tiers a l'action du mandat, s'il a payé en vertu d'un mandat; sinon, il a l'action de gestion d'affaire.

16. Si le créancier n'est point forcé de subroger le tiers, même lorsque celui-ci déclare vouloir payer au nom et en l'acquit du débiteur, du moins il ne peut pas se refuser à en recevoir le payement. La loi est formelle; la libération lui a paru si favorable que tout ce qui peut la faciliter a été admis par elle, pourvu que celui qui paye soit capable de le faire et qu'il soit propriétaire de la chose donnée en payement (art. 1238), conditions, au surplus, que nous expliquerons bientôt.

En sorte que si le créancier ne veut pas recevoir le payement, quand d'ailleurs le tiers lui offre tout ce qui lui est dû ou du moins tout ce qui est échu exigible, celui-ci peut lui faire des offres réelles et consigner. Ces offres, suivies de la consignation, tiendront lieu du payement et libéreront le débiteur, comme si celui-ci les eût faites lui-même (3). Car, dès que la loi reconnaît dans quelqu'un qualité pour faire le payement, elle lui reconnaît par cela même qualité pour faire ce qui en tient lieu lorsque le débiteur se refuse à le recevoir. Cependant Pothier, n° 464 de son traité *des Obligations*, dit que si le payement ne procurait aucun avantage réel au débiteur et n'avait d'autre effet que de

(1) Même décision dans la loi 76, ff. *de solut.*

(2) Aussi, *voir* ce qui a été dit au sujet du payement que le tuteur ferait de la dette du mineur, en se faisant consentir la subrogation, tome III, n° 602.

(3) L. 72, § 2, ff. *de solut.*

lui faire changer de créancier, les offres du tiers ne devraient pas être écoutées. Il appuie son sentiment de celui de Dumoulin, *de Usuris, quæst.* 45. Nous ne pensons pas que cette opinion dût être suivie sous le Code, puisque l'art. 1236 décide généralement que le tiers peut payer la dette, et n'exige dans aucun cas pour cela que le créancier consente à recevoir, ni que le tiers lui apporte le consentement du débiteur. La décision de ces auteurs revient en général à dire que le créancier peut se refuser à recevoir son payement d'un tiers, à peu près toutes les fois que la créance est sans privilége ou hypothèque ni cautionnement, parce qu'alors l'action *negotiorum gestorum* qu'aurait le débiteur après avoir payé la dette, produirait généralement le même effet contre le débiteur de l'action de la dette payée. Mais ce serait grandement restreindre l'application de l'article 1236 (*).

17. Mais un tiers qui se trouve de son côté créancier du créancier peut-il, au lieu de payer réellement la dette, compenser avec lui et malgré lui? On n'eût pas balancé dans le droit romain à rejeter une telle prétention, puisque le débiteur poursuivi lui-même ne pouvait, pour éteindre sa dette, faire valoir la créance d'un tiers sur le créancier malgré celui-ci, encore que le tiers y donnât son consentement. C'est ce que décide Papinien dans la loi 18, § 1, ff. *de compens.*, ainsi conçue : *Creditor compensare non cogitur quod alii quàm debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo conveniatur, ob proprium debitum velit compensare.* Mais Pothier, qui fait ainsi l'espèce de cette loi, admettait néanmoins que la créance d'un tiers peut servir à éteindre la dette par la compensation. « Vous me faites, dit-il, com» mandement de vous payer cent livres que je » vous dois, et je vous signifie un acte par le» quel Pierre consent que la somme de cent li» vres que vous lui devez vienne en compensa» tion de celle que vous me demandez; et, en » conséquence, je conclus à la compensation et » au congé du commandement, dont j'offre les » frais; je dois être écouté. »

Si le tiers avait déjà fait ou faisait transport ou cession régulière de sa créance au débiteur, il ne serait pas douteux que celui-ci ne pût s'en servir pour éteindre sa dette par voie de compensation, laquelle se serait opérée depuis la signification du transport au créancier, et les frais faits depuis par ce dernier resteraient à sa charge; car, au moyen de cette cession, le débiteur serait devenu créancier de son créancier. C'est même la disposition formelle de la loi ci-dessus : *In rem suam procurator datus* (et le cessionnaire est *procurator in rem suam*), *post litis contestationem si vice mutuâ conveniatur, æquitate compensationis utetur.* Or, dans l'espèce donnée par Pothier, il y a une sorte de transport ou cession de la créance du tiers, il y a une cession *ad hoc*, pour l'extinction de la dette du débiteur; aussi n'est-il pas douteux que le droit de mutation par cession ne fût dû; et nous pensons en effet avec cet auteur, et avec Puffendorf et Barbeyrac, que le débiteur, dans ce cas, peut se libérer par le moyen de la compensation, attendu que le consentement du tiers vaut à cet effet transport de sa créance au débiteur, quoique dans la pureté des principes du droit romain il n'en fût pas ainsi, parce qu'on ne voyait pas là une cession d'action parfaite qui constituât le débiteur *procurator in rem suam* quant à la créance du tiers.

Mais lorsque c'est simplement un tiers créancier du créancier qui se présente pour acquitter la dette, et que, au lieu de la payer, ainsi qu'il en a le droit d'après l'article 1236, quoiqu'il ne soit pas intéressé à son acquittement, il veut l'éteindre par voie de compensation, alors la question change de face, et nous ne croyons pas qu'il puisse invoquer ce moyen pour éteindre la dette, parce que la compensation ne s'opère point entre ceux qui ne sont pas réciproquement créanciers l'un de l'autre; sauf à lui à poursuivre le payement de sa créance, et sauf aussi à lui à faire saisie-arrêt entre les

(*) Rolland, n° 23. — Toutefois, Toullier, 7, n° 11; Delvincourt, 5, n° 334, pensent que les offres faites par une personne quelconque doivent être acceptées, et constituent le créancier en demeure, s'il en résulte un avantage pour le débiteur; mais qu'elles peuvent être refusées si elles ne procurent aucun avantage au débiteur, et ne produisent d'autre effet que de lui faire changer de créancier; il n'y aurait alors qu'un transport, et on ne peut y forcer le créancier.

mains du débiteur, à opposer ensuite au créancier la compensation à raison de ce que celui-ci lui doit, et à éteindre de la sorte la dette jusqu'à concurrence de ce qui lui reviendrait sur la saisie. Mais le résultat, dans ce cas, pourrait n'être pas le même que dans le cas de la cession; car si d'autres créanciers du créancier avaient également formé saisie ou opposition entre les mains du débiteur, le tiers ne pourrait opposer au créancier la compensation que jusqu'à concurrence de ce qui lui reviendrait dans la distribution, et ce ne serait que pour cette partie seulement qu'il aurait éteint la dette dont il s'agit : pour le surplus de sa créance, il le conserverait tel que de droit.

18. Non-seulement un tiers non intéressé à l'acquittement de la dette peut la payer malgré le créancier, en lui faisant des offres lorsqu'il ne veut pas recevoir le payement, mais il peut aussi la payer malgré le débiteur lui-même, et affranchir ainsi les biens de celui-ci de l'hypothèque, et libérer ses cautions. Telle était la décision des lois romaines, et qui était suivie dans notre ancienne jurisprudence : *Solvere pro ignorante et* INVITO *cuique licet, cùm sit jure civili constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.* L. 53, ff. *de solut.* La libération est favorable, et les lois, par cela même, ont cherché à la féliciter autant qu'il était possible. La règle *Beneficium invito non datur* n'est point faite pour ce cas; elle s'entend des libéralités que l'on voudrait faire directement à quelqu'un et dont il ne voudrait pas; au lieu qu'ici l'acte principal et direct c'est le payement, lequel est fait au créancier; et si le débiteur en profite en tant qu'il est libéré de son obligation, ce n'est que *per consequentiam* (1).

19. Mais le tiers qui a ainsi payé la dette malgré le débiteur, et que le créancier n'a point voulu subroger à ses droits, que la loi non plus n'a pas subrogé, a-t-il, au défaut de l'action du créancier, l'action de gestion d'affaire contre le débiteur, pour répéter ce qu'il a déboursé utilement pour lui ?

Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point (2). Ainsi, dans le cas où quelqu'un avait cautionné un débiteur en sa présence et malgré lui, et qu'il avait ensuite payé la dette, Paul, dans la loi 40, ff. *mandati vel contrà,* dit qu'il n'y a lieu ni à l'action *mandati,* ni à l'action *negotiorum gestorum ;* qu'à la vérité quelques jurisconsultes estiment qu'il y a lieu à l'action *negotiorum gestorum utilis,* mais que pour lui, se rangeant au sentiment de Pomponius, il ne le pense même pas : *Si pro te præsente et venante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est : sed quidam* UTILEM *putant dari oportere : quibus non consentio, secundùm quod et Pomponio videtur.*

Ulpien, dans la loi 6, § 2, au même titre, et Papinien, dans la loi 53, *eod. tit.,* paraissent avoir été du même sentiment que Paul sur ce point.

Justinien, voulant trancher cette controverse, a décidé, par sa constitution, qui est la loi dernière au code *de negotiis gestis,* que celui qui se mêlerait des affaires de quelqu'un malgré son opposition formelle dûment constatée par une notification ou une dénonciation écrite, ou même par témoins, n'aurait contre lui aucune action en répétition de ses déboursés postérieurs à la prohibition, quoique l'affaire eût d'ailleurs été bien et utilement gérée. Il rappelle d'abord que cette question a été vivement controversée parmi les jurisconsultes, que, suivant les uns, il y avait lieu à l'action *negotiorum gestorum etiam directa;* que selon d'autres, il y avait lieu à cette action, mais *tantùm utilis* (c'est-à-dire *utilitate et æquitate suadente, sed non ex mero jure*); enfin, que suivant d'autres encore, au nombre desquels il place Salvius Julianus (3), un des plus grands jurisconsultes qu'ait eus Rome, il n'y avait lieu à l'action en répétition sous aucun point de vue quelconque, considérant celui qui avait fait les dépenses comme ayant voulu en faire don dans ce cas.

(1) Perez et Vinnius sur les Institutes, *tit. quid. mod. tollit. oblig.*

(2) Les auteurs qui ont traité du droit naturel ne le sont pas eux-mêmes. *Voyez* Wolf., *Jus nat.*, part. 5, § 717, et Barbeyrac sur Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, tome II, page 521.

(3) Le sentiment de ce dernier est rapporté par Ulpien dans la loi 8, § 3, ff. *de negotiis gestis.*

Le code civil ne s'explique pas sur ce point, et l'on ne peut se dissimuler qu'il y aurait de graves inconvénients à reconnaître toujours l'action en répétition dans celui qui a payé la dette d'un autre malgré l'opposition formelle du débiteur, et que le créancier n'a pas voulu subroger à ses droits; car si, dans quelques cas, il peut faire le payement dans de bonnes vues, peut-être pour prévenir un procès entre les parties qui sont dans de fâcheuses dispositions l'une envers l'autre, il peut arriver aussi, et fréquemment, que ce soit un moyen imaginé par lui pour vexer le débiteur et le poursuivre avec plus de rigueur que ne l'aurait fait le créancier. Nous penserions donc, d'après ces considérations, que les juges de l'action en répétition devraient se décider suivant les circonstances particulières de la cause et les motifs qui ont pu déterminer le tiers à faire le payement, et bien considérer aussi la nature et les caractères de l'opposition du débiteur. Le principe *nemo jacturâ alterius locupletari debet*, sur lequel est fondée l'action *negotiorum gestorum*, ne trouve point naturellement son application dans le cas où un tiers vient se mêler d'une affaire qui ne le regarde pas, dans des vues de malveillance et d'animosité envers le débiteur, et malgré l'opposition formelle de celui-ci; et c'était une des principales raisons qui avaient déterminé plusieurs jurisconsultes romains à refuser toute action en répétition, même à celui qui s'était borné d'abord à cautionner le débiteur malgré lui et qui avait ensuite payé la dette. A plus forte raison, l'auraient-ils refusée à celui qui, sans engagement préalable de sa part comme caution, eût payé la dette nonobstant l'opposition positive du débiteur. Mais, nous le répétons, ce serait un point à décider suivant les circonstances de la cause.

Du reste, le débiteur ne peut s'opposer à ce que le créancier vende au tiers son action, ou reçoive de lui le payement avec subrogation; et dans le cas de payement par intervention d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, où c'est la loi elle-même qui subroge, la défense du débiteur à ce que le tiers fît le payement n'empêcherait pas la subrogation d'avoir lieu et de produire tous ses effets (*).

20. Le principe que l'obligation peut être acquittée malgré le créancier, même par un tiers qui n'y est point intéressé, reçoit exception dans les obligations de faire, lorsque le créancier a intérêt à ce que l'obligation soit remplie par le débiteur lui-même (art. 1237). Or, il a cet intérêt lorsque dans l'obligation de faire un certain ouvrage il a vraisemblablement pris en considération le talent particulier du débiteur: par exemple, lorsque j'ai fait marché avec un peintre renommé pour me faire un certain tableau, ce peintre ne pourrait faire exécuter malgré moi son obligation par un autre peintre. *Nam inter artifices longa differentia est, et ingenii naturæ, et doctrinæ et institutionis.* L. 31, ff. *de solut.*

21. La caution ne pourrait même, contre le gré du créancier, exécuter l'obligation de faire, s'il avait intérêt à ce qu'elle fût remplie par le débiteur lui-même. Cette loi en contient la disposition formelle, et l'art 1236, tout en disant que l'obligation peut être acquittée par tous ceux qui y sont intéressés, tels qu'un coobligé ou une caution, n'est pas contraire à cette décision, car il ne s'applique point aux obligations de faire que le créancier a intérêt à voir exécuter par le débiteur lui-même, obligations régies par l'art. 1237, et non par l'art. 1236. Les offres que ferait la caution d'exécuter elle-même l'obligation ne la soustrairaient donc pas à la responsabilité pour les dommages-intérêts qu'encourrait le débiteur à raison de l'inexécution de son engagement. Même loi 31, ff. *de solut.* (*).

22. Anciennement on tenait que le payement des redevances emphytéotiques devait être fait par le débiteur, ou du moins en son nom et en vertu de son mandat; en conséquence le créancier pouvait se refuser à le recevoir d'un tiers, quoique celui-ci déclarât payer au nom et en l'acquit du débiteur, s'il ne le faisait pas en vertu d'un mandat donné à cet effet. Car la re-

(*) Toullier, 7, no 12; Rolland, nos 28 et 29.

(*) Toullier, 7, no 13.

devance annuelle était payée en reconnaissance de domaine *direct*, et par cela même le maître du fonds avait intérêt à ce que le payement lui en fût fait annuellement par l'emphytéote, afin qu'il reconnût lui-même par là le droit de ce dernier. Voët *ad Pandectas, tit. de solut.*, n° 10.

23. Quant aux arrérages de rentes, bien que, aux termes de l'art. 1912, le débiteur d'une rente constituée en perpétuel puisse être contraint au remboursement du capital, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années, et qu'ainsi le créancier puisse avoir intérêt à ce que le service de la rente ne lui soit pas fait avec exactitude, afin de pouvoir exiger ce remboursement, néanmoins un tiers pourrait payer et offrir valablement de payer des arrérages pour le débiteur, et prévenir de la sorte l'obligation où serait celui-ci de rembourser le capital faute du service de la rente. L'intérêt qu'aurait le créancier à ce que ce payement ne lui fût pas fait ne pourrait être allégué par lui; il ne serait pas fondé sur un droit acquis, et il serait d'ailleurs peu honnête.

24. Le tiers qui a payé la dette sans mandat du débiteur doit s'empresser de lui en donner connaissance, afin qu'il ne la paye pas de son côté; autrement il n'aurait pas de recours contre lui dans le cas où celui-ci aurait effectivement payé au créancier de mauvaise foi; il n'en aurait que contre ce dernier, quoiqu'il se fût fait subroger à ses droits.

Art. III.

Quelles qualités il faut avoir pour payer valablement.

25. Suivant l'article 1238, « pour payer va-
» lablement, il faut être propriétaire de la chose
» donnée en payement, et capable de l'aliéner.
» Néanmoins le payement d'une somme d'ar-
» gent ou autre chose qui se consomme par
» l'usage, ne peut être répété contre le créan-
» cier qui l'a consommée de bonne foi, quoique
» le payement en ait été fait par celui qui n'en
» était pas propriétaire ou qui n'était pas ca-
» pable de l'aliéner. »

26. Ces dispositions, où l'on remarque plus d'un vestige du droit romain, méritent toutefois quelques observations.

D'abord, il est bien vrai qu'en principe, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et être capable de l'aliéner; car le payement doit avoir pour objet de faire acquérir la chose au créancier, afin qu'il puisse en disposer comme bon lui semblera. Il n'est donc pas valable si celui qui donne la chose en payement n'en est pas propriétaire au moment où il paye, quoiqu'il l'eût été précédemment : *Non videntur data quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt.* L. 167, ff. *de reg. juris.*

De là il est évident que si par erreur je reçois de mon débiteur ma propre chose pour celle qui m'est due, il n'y a pas de payement, et que celui qui a été fait ne pourra jamais devenir valable; car *quod meum est, ampliùs meum fieri non potest.*

Mais cependant comme aujourd'hui la propriété est transférée par le seul consentement, d'après les articles 711, 938 1138 et 1583, il est clair aussi qu'on ne peut plus dire, dans les obligations de corps certains appartenant au débiteur au temps où il les a promis, que, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement; car précisément au temps du payement ou délivrance, qui est le moment où l'on exige cette qualité dans le débiteur, celui-ci avait cessé d'être propriétaire, et le créancier l'était déjà devenu. Le payement n'était plus qu'une affaire d'exécution du contrat, une délivrance de la possession de la chose, et n'avait point pour objet d'en conférer au créancier la propriété, ainsi qu'il l'eût eu jadis dans la plupart des cas.

A plus forte raison, dans les cas de simple restitution d'une chose prêtée, louée, déposée ou donnée à gage, la qualité de propriétaire n'est-elle point exigée dans celui qui fait cette restitution, puisqu'au contraire il restitue la chose à celui qui en est propriétaire; et les restitutions sont cependant comprises sous le nom de payement : c'est l'exécution de l'obligation de l'emprunteur, du dépositaire, etc. L'art. 1234 n'en fait pas en effet un mode particulier d'extinction des obligations.

27. En second lieu, la disposition qui veut que pour payer valablement, celui qui paye soit capable d'aliéner la chose donnée en payement, n'a qu'un sens peu déterminé dans les résultats, quoiqu'elle paraisse en avoir un clair et précis en considérant le droit pur.

En effet, lorsque la dette est légitime, qu'il n'y a aucune exception à opposer à l'action du créancier, que cette dette est échue au moment où le payement en est effectué, qu'importe que celui qui la paye soit ou non capable d'aliéner a chose donnée en payement? D'abord, si c'était un corps certain qui fût dû, par exemple tel cheval, tel immeuble même, vendu par l'auteur le l'incapable, ou par l'incapable en temps de capacité, le payement qu'il en ferait n'étant point un acte d'aliénation, mais la simple exécution, comme fait, d'un engagement qu'il fallait remplir, le principe ne serait pas applicable; car la délivrance ou payement, n'importe, loin le préjudicier au débiteur, lui éviterait des poursuites et des frais, lui serait utile, en un mot. D'ailleurs, le créancier étant propriétaire du corps certain qui lui a été livré, l'obliger à e restituer, ce serait l'obliger à livrer sa chose, ce qui est inadmissible.

Et si l'on suppose une obligation de somme, ou d'une chose qui se consomme par l'usage, toujours régulièrement contractée, soit par l'auteur de l'incapable, soit par l'incapable lui-même en temps de capacité, et une obligation non prescrite et échue, on ne voit pas non plus en quoi le payement fait par le débiteur a pu lui nuire, et sur quel motif celui-ci fonderait une action en répétition, dans l'hypothèse où le Code paraît cependant la lui accorder, celle où a chose payée n'a pas été consommée par le créancier. Car, après la répétition, il se trouverait débiteur, et à ce titre, exposé à des poursuites de la part de ce dernier. Qu'on le considère en droit pur comme n'ayant pu faire un payement valable, parce qu'il ne pouvait aliéner a chose donnée en payement, on le conçoit, en envisageant la question sous ce rapport; mais, d'abord, le défaut d'intérêt devrait le faire déclarer non recevable à répéter; et, en second lieu, le Code lui-même s'opposerait à la répétition, parce que s'il est propriétaire de la chose mal à propos payée par lui, comme n'ayant pas eu la capacité de l'aliéner, d'un autre côté il en est débiteur, puisque la dette n'est point éteinte dès qu'il tient le payement qu'il a fait comme nul et non avenu : or il résulte de là qu'il y a compensation, attendu que les choses sont de même espèce, que les deux dettes sont exigibles, et que la compensation s'opère entre toutes personnes qui se trouvent réciproquement créancière et débitrice l'une envers l'autre.

Ainsi, dans ce cas encore, le Code, en décidant que le payement n'est pas valable, et en paraissant en conséquence autoriser la répétition, ne consacre qu'une pure abstraction, puisque celui qui s'est procuré la libération d'une obligation valable ne peut être considéré comme ayant fait un acte nul. Les rédacteurs du Code se sont laissés entraîner par l'exemple des auteurs, qui, prenant eux-mêmes pour base de leurs décisions sur ce point, le droit romain envisagé dans la pureté de ses principes, enseignent en effet, d'une manière beaucoup trop générale, que le payement fait par un incapable est nul, parce que, disent-ils, le but du payement est de rendre le créancier propriétaire de la chose payée, et que ce but ne peut être atteint dès que le payement est fait par une personne qui ne peut se dépouiller de la propriété de cette chose pour la conférer au créancier.

28. C'était, en effet, en partant de ce principe que, dans le droit romain, l'on décidait que le pupille qui avait fait un payement sans l'autorité de son tuteur, pouvait revendiquer la chose tant qu'elle existait; que si elle avait été consommée de mauvaise foi par le créancier, le pupille avait l'action dite *ad exhibendum* pour se faire rendre autant; et dans l'un ou l'autre cas, la dette n'était point éteinte. Mais si le créancier avait reçu et consommé de bonne foi les espèces ou la chose donnée en payement, comme alors le pupille n'avait ni l'action en revendication, qui n'est donnée que contre le possesseur ou contre celui qui par dol a cessé de posséder, ni l'action *ad exhibendum* qui, dans le cas dont il s'agit, n'était donnée que contre celui qui avait consommé de mauvaise foi les choses payées, le payement devenait valable, parce qu'il était même de l'intérêt du

pupille qu'il en fût ainsi, ce pupille ne pouvant, d'une part, répéter par aucune action, et, d'autre part, ayant sa libération acquise. C'est ce qui résulte positivement des lois 19, § 1, ff. *de rebus creditis;* 9, § 2, ff. *de auctorit. tutor.;* 14, § *ult.*, ff. *de solut*, et du § 3 aux Instit. *quibus alienare licet vel non.*

Donneau (1), sur la loi 19, § 1, ff. *de rebus creditis*, ci-dessus citée, tirait même de ces principes cette conséquence, rigoureusement exacte, et que l'équité et le bon sens repoussent cependant évidemment, que si un pupille a fait un prêt ou un payement sans l'autorité de son tuteur, et que les choses aient péri par cas fortuit dans la main de celui qui les a reçues, la perte en doit être supportée par le pupille, suivant la règle *res perit domino.* Vinnius, sur le § 3, Instit., *quibus alien. licet vel non*, combat avec raison cette décision, en disant que l'on ne doit pas rétorquer contre le pupille ce qui a été introduit en sa faveur, c'est-à-dire son incapacité d'aliéner sans l'autorité de son tuteur. Mais si le sentiment de Vinnius est plus équitable, celui de Donneau était plus conforme au droit pur, d'après lequel il raisonnait; ce qui est un motif de plus précisément pour ne pas admettre sans restriction, dans notre droit, un principe qui conduirait à une telle conséquence (*).

29. Que si l'on suppose, au contraire, une obligation que l'incapable avait intérêt à ne point acquitter parce qu'il avait à faire valoir des moyens de nullité ou de rescision, ou la prescription déjà acquise; ou si l'on suppose le payement d'une dette simplement naturelle, ou de la dette d'un tiers, alors la question change de face; mais bien certainement la seconde disposition de notre article 1238 ne serait point applicable à ce cas: c'est-à-dire que quand bien même il s'agirait du payement d'une somme d'argent ou d'une chose qui se consomme par l'usage, que le créancier aurait reçue et consommée de bonne foi, l'incapable n'en pourrait pas moins revenir contre le payement qu'il aurait fait et qui lui préjudicierait, sauf à remettre les choses au même état qu'auparavant. Car, quant au cas où il aurait payé une dette prescrite, par exemple, comme il ne pouvait renoncer à la prescription acquise (art. 2222), et que c'est cependant ce qu'il aurait fait en payant la dette (art. 2221), il est clair qu'il pourrait répéter, nonobstant, disons-nous, la disposition trop générale de cet art. 1238. Or, il en est de même des cas où il avait à faire valoir d'autres moyens que celui de la prescription, et de celui où l'obligation était simplement naturelle, ou qu'il s'agissait de la dette d'un tiers, parce que dans tous il a été lésé par le payement qu'il a fait.

Le droit romain lui-même, qui, comme nous venons de le dire, validait le payement fait par le pupille sans l'autorité du tuteur, lorsqu'il y avait eu consommation de bonne foi des espèces par le créancier, le décidait de la sorte principalement *favore pupilli*, parce que lorsque c'était sa dette qu'il avait acquittée, et que cette dette était une dette légitime, contre laquelle il n'y avait pas d'exception à faire valoir, une dette exigible, en un mot, le pupille se trouvait libéré. Mais dans le cas même où c'était un pubère mineur de vingt-cinq ans (ayant moins de vingt-cinq ans) qui avait payé une dette qu'il eût pu se dispenser de payer, au moyen de certaine exception qu'il eût pu opposer au créancier, il n'était pas douteux qu'il ne pût répéter, quoiqu'un majeur ne l'eût pu dans le même cas, ce majeur ayant ainsi valablement renoncé au bénéfice de l'exception en payant la dette: la loi 25, ff. *de minoribus*, en contient la disposition expresse, et elle n'apporte point de restriction pour le cas où le créancier aurait consommé de bonne foi les espèces ou les choses payées, parce qu'en effet il n'y avait pas à en faire, le mineur ayant été lésé par le payement, ce qui suffisait pour qu'il fût admis à se faire restituer contre cet acte. La loi 2 au Code, *si adversùs solutionem à tutore, vel à se factam*, porte une semblable décision: elle veut qu'un mineur qui a acquitté par erreur de droit un legs qu'il eût pu se dispenser d'acquitter, puisse répéter ce qu'il a payé; tandis qu'un majeur

(1) D'anciens jurisconsultes avaient décidé comme Donneau, notamment Azon.

(*) Delvincourt, 5, 355.

n'aurait pu répéter dans le même cas. Enfin, l'art. 1338 du Code exige, pour que la confirmation ou exécution volontaire d'une obligation contre laquelle la loi admettait l'action en nullité ou en rescision, en purge le vice, que cette ratification ou cette exécution ait eu lieu à une époque où l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée ; or nous raisonnons, au contraire, dans l'hypothèse où le payement a été fait par un incapable; donc il est nul et sujet à répétition, quoiqu'il s'agît d'une somme ou d'une chose qui se consomme par l'usage, et que le créancier l'eût consommée de bonne foi.

30. Une autre observation également importante que fait naître notre art. 1238, c'est qu'il semblerait que si la chose payée par celui qui n'en était pas propriétaire n'était point une somme ou une chose qui se consomme par l'usage, ou si, étant telle, elle n'avait pas été consommée, le tiers propriétaire pourrait se la faire restituer, puisque c'est dans le cas contraire qu'il ne le peut. Mais, s'il en était ainsi d'une manière absolue, il y aurait opposition manifeste entre cette disposition et celle de l'art. 2279, suivant lequel, *en fait de meubles la possession vaut titre ;* car cette règle est aussi bien en faveur de celui qui possède au titre *pro soluto*, qu'en faveur de celui qui possède au titre *pro emptore*, précisément parce qu'elle dispense le possesseur de dire à quel titre il possède, puisque sa possession vaut titre, c'est-à-dire titre de propriétaire, de maître de la chose; autrement il n'y aurait à cet égard aucune différence entre les meubles et les immeubles, attendu qu'aussi pour les immeubles, celui qui les possède est censé les posséder pour lui et à titre de propriétaire jusqu'à preuve du contraire. (Art. 2230.) Mais la différence consiste en ce que, pour les meubles, la preuve contraire n'est point admise, sauf certains cas d'exception, où il est permis de les revendiquer, savoir : lorsqu'ils ont été perdus ou volés (même art. 2279), et encore sous les conditions exprimées dans l'art. 2280.

Mais dans ces mêmes cas, si la chose payée est du nombre de celles qui se consomment par l'usage, et que le créancier l'ait consommée de bonne foi, alors la répétition n'aura pas lieu, conformément à la deuxième disposition de notre art. 1238, qui, dans sa généralité, est encore un vestige du droit romain, où les meubles, sans distinction, même l'argent monnayé, pouvaient, tout aussi bien que les immeubles, être suivis par voie de revendication contre tout détenteur quelconque, ou contre celui qui, par dol, avait cessé de les posséder. Ainsi, cette disposition, que *pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement*, souffre encore d'autres limitations que celle exprimée dans la seconde partie de l'article, à cause du principe de notre droit français, *En fait de meubles, la possession vaut titre.*

Et dans le cas même où la chose payée et qui a été volée ou perdue ne se consommerait pas par l'usage, ou que, se consommant par l'usage, elle n'aurait pas encore été consommée par le créancier, si celui-ci l'avait reçue de bonne foi et avait supprimé son titre par suite du payement, il pourrait écarter la demande en revendication du propriétaire, tant que son titre ne serait pas rétabli. Pour le décider ainsi l'on peut se fonder, d'une part, sur l'art. 1377, qui porte, dans sa seconde disposition, que le droit de répétition n'a pas lieu au profit de celui qui, par erreur, a soldé la dette d'un autre, lorsque le créancier a supprimé son titre par suite du payement, sauf à celui qui a payé son recours contre le véritable débiteur; et, d'autre part, sur l'art. 2280, suivant lequel, si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté. Or, le créancier a dû croire que le débiteur s'est procuré par des voies licites et ordinaires la chose qu'il lui a donnée en payement; il a dû la recevoir de lui sans défiance, comme l'on reçoit d'un marchand une chose de son commerce. Donc, si la loi protége l'acheteur, en ce sens qu'elle ne l'oblige à restituer la chose volée ou perdue, qu'à la charge, pour le propriétaire, de lui restituer ce qu'elle lui a coûté, elle doit par la même raison protéger le créancier qui, par suite du payement à lui fait,

a supprimé son titre, tant que ce titre n'est pas rétabli. A tout prendre, celui qui paye par erreur la dette d'un autre est aussi favorable, dans beaucoup de cas du moins, que celui qui par sa négligence s'est laissé voler sa chose, ou qui l'a perdue : donc si l'un ne peut répéter le payement qu'il a fait, lorsque par suite de ce payement le créancier a supprimé son titre ; de même l'autre ne doit pouvoir, dans le même cas, revendiquer la chose qu'il s'est laissé voler ou qu'il a perdue, et dont un tiers s'est servi pour payer sa dette, qu'autant qu'il a fait rétablir le titre du créancier, en supposant toutefois, comme nous l'avons fait, que ce créancier fût de bonne foi.

31. Et si le créancier ne pouvait plus être évincé de la chose parce que le temps de la revendication serait expiré, il ne pourrait lui-même prétendre que le payement n'est pas valable et en demander un nouveau, en offrant de restituer la chose qu'il a reçue : *Is qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine, liberatur.* (L. 60, ff. *de solut.*)

D'après cela et en principe pur, hors les cas de perte ou de vol, il n'y aurait pas, dans notre droit, de distinction à faire entre les choses qui se consomment par l'usage et les autres objets mobiliers, et, quant aux premières, entre le cas où le créancier ne les aurait pas encore consommées et le cas contraire ; dans tous, celui-ci pouvant se défendre par la maxime, *En fait de meubles, la possession vaut titre*, il ne serait pas fondé à dire que le payement qui lui a été fait n'est pas valable, pour prétendre qu'un autre payement doit lui être fait, en offrant de restituer la chose reçue. Mais, quoique cette décision nous paraisse une conséquence bien déduite du principe que lorsque le créancier n'a point à craindre d'éviction de la chose à lui payée, le payement est valide, néanmoins nous ne pouvons nous dissimuler que les tribunaux n'adopteraient probablement pas dans tous les cas cette doctrine, surtout si la chose qu'offrirait de rendre le créancier était réclamée par celui qui en était propriétaire avant le payement. On accueillerait probablement le refus que ferait ce créancier de vouloir profiter du bénéfice de la maxime, *En fait de meubles, la possession vaut titre*, quoiqu'il y eût peut-être la même raison de le décider ainsi pour le cas de la prescription acquise du meuble payé, laquelle est également introduite dans l'intérêt du possesseur, et à laquelle cependant il ne pourrait renoncer pour se faire payer derechef, attendu que tous ceux qui ont intérêt à l'invoquer ont droit de le faire (article 2225), et que d'ailleurs la créance se trouvant alors éteinte, *re usucaptâ*, il ne dépendrait pas de lui de la faire revivre.

32. Au surplus, dans tous les cas, si le tiers propriétaire ratifie le payement, ou devient l'unique héritier de celui qui l'a fait, ou *vice versâ ;* ou bien si l'objet payé a cessé d'exister par force majeure ou par la faute du créancier, celui-ci ne peut plus critiquer le payement, et l'obligation est définitivement éteinte : dans ces cas, *solutio, principio invalida, posteà convaluit.* (LL. 60, 78 et 94, § 2, ff. *de solut.*)

33. Quoiqu'on ait pu voir d'après ce qui précède que nous n'attachions pas, en ce qui concerne l'effet du payement, une grande importance, du moins généralement, à la circonstance que la chose payée par un incapable ou par celui qui n'en était pas propriétaire, ait été ou non consommée, néanmoins nous ne passerons pas sous silence ce qu'on entend par *consommation.*

Il est clair que lorsqu'il s'agit de denrées, comme du blé, du vin, de l'huile, du bois à brûler, ces denrées sont consommées par l'usage qu'on en a fait. C'est là une consommation physique et naturelle.

Ces choses, dans le langage des jurisconsultes, et même de la loi (art. 1291), sont appelées *fongibles* (1), du verbe *fungi, fungor,* parce qu'elles sont représentées dans les payements et dans la compensation par d'autres de même espèce et qualité, c'est-à-dire que *una res vice alterius fungitur,* car, dans chaque espèce, *tantundem idem est.* Ce sont des choses qui, ainsi que l'argent monnayé, *numero, mensurâ,*

(1) Mais *voyez* ce que nous avons dit sur le sens de ce mot, au tome II, nos 12 et suivants, en traitant *de la distinction des biens.*

ponderere constant. On doit aussi les regarder comme consommées dans la main du créancier qui les a reçues du non-propriétaire ou de celui qui n'était pas capable de faire le payement lorsque ce créancier les a lui-même aliénées en les donnant en payement, ou à prêt; c'est là une consommation civile.

Quant au numéraire, les interprètes du droit romain ne sont pas parfaitement d'accord sur les cas où il doit être réputé consommé.

Ils conviennent bien tous qu'il y a eu consommation des espèces par la fonte qui en est faite, ou par tout autre procédé propre à enlever à la pièce de monnaie sa forme comme numéraire et son caractère légal.

Ils disent aussi qu'il y a consommation civile des espèces comptées à une personne, lorsqu'elles sont tellement mêlées aux siennes propres qu'elles n'en peuvent plus être distinguées; et ils se fondent à cet égard sur la loi 78, ff. *de solut.* Telle est notamment la décision de Donneau sur la loi 11, § *ult.* ff. *de rebus creditis*, et de Vinnius sur le § 2 aux Instit., tit. *quib. alien. licet vel non.*

Mais Godefroy dit, dans ses notes sur la loi 9, § 2, ff. *de auct. tut.*, et en se fondant sur la loi 19, § 2, ff. *de rebus creditis*, que les espèces sont aussi censées consommées, qu'elles le sont évidemment par cela seul que celui à qui elles ont été comptées les a lui-même données en payement à une autre personne, ou lui en a fait prêt, *mutuum;* tandis que Vinnius, censurant à cet égard assez amèrement Godefroy, prétend que, dans ces derniers cas, les espèces ne sauraient être considérées comme consommées, qu'autant qu'elles auraient été confondues par le tiers avec d'autres de manière à n'en pouvoir être discernées : le seul fait du payement ou du prêt ne suffit pas suivant lui.

Sans contredit, l'opinion de Vinnius est plus conforme aux principes du droit romain, suivant lesquels la revendication de l'argent monnayé, comme de toute autre chose mobilière ou immobilière, pouvait être exercée par le propriétaire contre le détenteur tant que les espèces pouvaient être reconnues, et contre lequel aussi il y avait lieu à l'action *ad exhibendum* (qui, dans ce cas, était une espèce de revendication *utilis*), s'il les avait consommées de mauvaise foi, ou avait cessé d'une façon quelconque de les posséder, également par mauvaise foi. En effet, la loi 19, § 2, ff. *de rebus creditis*, sur laquelle s'appuie Godefroy, ne dit pas que les espèces sont consommées par cela seul que celui qui les a reçues les a lui-même prêtées ou données en payement à une autre personne; elle dit seulement que si cela a eu lieu et que ces espèces aient été consommées, *eâ pecuniâ consumptâ*, la propriété en est irrévocablement perdue pour celui qui les avait, parce qu'il n'y a plus lieu à les revendiquer.

Mais l'opinion de Godefroy est néanmoins préférable dans notre droit, où les meubles, en principe, n'ont pas plus de suite par voie de revendication (art. 2279), que par voie d'hypothèque. (Art. 2119.) L'on doit, d'après cela, regarder comme consommé dans le sens de l'article 1238, l'argent prêté ou donné en payement par celui à qui il a été compté par la personne qui n'en était pas propriétaire, ou qui n'avait pas capacité pour faire le payement.

Mais d'autre part, et en laissant de côté la pureté des principes du droit romain sur ce point, il est douteux que l'on doive, chez nous, où l'on s'attache plus à l'équité qu'à la subtilité du droit, regarder comme consommé du numéraire par cela seul qu'il a été mêlé avec d'autre de même espèce dans un sac ou dans une caisse, par celui à qui il a été compté; car une pièce de 5 francs, par exemple, représentant parfaitement une autre pièce de la même monnaie, dès que c'est une pièce de cette espèce qui est réclamée, il importe peu que l'on soit certain qu'elle est celle qui a été payée. Ce n'est point *tanquàm corpus* qu'on la réclame; on réclame une chose qui représente cette pièce. Au lieu que dans le droit romain, en matière de revendication, il fallait absolument désigner l'objet même qui était revendiqué, démontrer le corps, ce qui était impossible quand les espèces avaient été mêlées avec d'autres de même qualité, au même type, de manière à n'en pouvoir être distinguées ou séparées : alors la propriété en était transférée par l'extinction du droit de revendication dans la main du propriétaire; tandis que nous croyons que si les espèces comptées sont encore en nature dans la main de celui à qui elles ont été comptées, il n'y a pas lieu de dire,

dans l'esprit du Code, qu'elles sont consommées par cela seul qu'elles ont été mises avec d'autres de même espèce dans un même sac ou dans une même caisse.

Art. IV.

A qui le payement doit ou peut être fait.

34. Le payement doit être fait au créancier capable de le recevoir, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par la loi ou par la justice à recevoir pour lui (*). (Article 1239.)

Nous entendons par *créancier*, non-seulement la personne avec laquelle le débiteur a contracté, mais encore ses héritiers, soit testamentaires, soit *ab intestat*.

Mais quoique l'héritier fût chargé de restitution, le payement ne lui serait pas moins valablement fait, même sans la présence du tuteur nommé à la disposition. Cette présence est bien requise par le Code pour la confection de l'inventaire des biens compris dans la disposition, ainsi que pour l'emploi des deniers provenant du mobilier vendu (art. 1059 et 1068) ; mais elle ne l'est pas pour la réception des payements, et la loi 104, ff. *de solut.*, décide que les payements faits à un héritier grevé de restitution doivent être tenus pour valables par l'appelé à recueillir les biens.

35. Suivant ce qui a été dit au tome précédent, en parlant de la division des dettes entre les héritiers du débiteur et du créancier, le payement ne doit être fait à chacun des héritiers de ce dernier qu'en proportion de sa part héréditaire (art. 1220), à moins que l'un d'eux n'ait reçu de ses cohéritiers le pouvoir de recevoir au delà, soit par mandat, soit par l'acte du partage ou un autre acte quelconque emportant cession, auquel cas le payement peut lui être fait aussi pour la partie cédée; car celui à qui le créancier a transporté la créance par vente, donation, legs, transaction ou autre titre emportant cession, devient lui-même créancier par la signification de son titre au débiteur, ou par l'acceptation volontaire qu'en fait ce dernier, et même dans les effets de commerce, par un simple endossement. Désormais c'est donc à lui que le payement doit être fait, et non à l'ancien créancier, qui se trouve dépouillé de la créance par la cession.

36. On peut valablement payer au créancier mis contradictoirement en état d'accusation (2). Nous allons voir le cas où il serait coutumax.

37. On ne peut payer au mort civilement les créances qu'il avait avant la mort civile, encore qu'il fût rentré dans la vie civile, que les créances fussent conditionnelles et que la condition ne se fût accomplie que depuis sa rentrée dans la vie civile; car elle a un effet rétroactif (article 1179), et les créances ont été dévolues aux héritiers. (Art. 25.)

38. A l'égard des condamnés aux travaux forcés à temps ou à la reclusion, l'art. 29 du Code pénal porte qu'ils sont en état d'interdiction légale pendant la durée de la peine, et qu'il doit leur être nommé un curateur pour gérer et administrer leurs biens, dans les formes prescrites pour la nomination des tuteurs aux interdits. C'est donc à ce curateur que les payements doivent être faits.

Cependant, si un payement était fait au condamné lui-même, celui-ci serait déclaré non recevable à en demander un nouveau. On le repousserait par l'exception *doli mali*, quand bien même il aurait dissipé la somme payée. La disposition de l'art. 31 du même Code portant que, pendant la durée de la peine, il ne pourra être remis au condamné aucune somme, aucune

(*) On peut valablement se libérer dans l'ignorance excusable d'un changement d'état (la faillite, par exemple) de la personne envers laquelle on est obligé. (Brux., 2 mars 1822; J. de B., 1822, 1, 184.)

Si un payement fait à celui qui est autorisé par justice à recevoir, peut être valable, et si celui qui a ainsi payé ne peut plus être recherché par le véritable créancier, ces règles cessent néanmoins dans le cas où le débiteur connaît le vice du jugement.

Ainsi, les débiteurs d'un absent ne pourraient valablement payer à celui qu'ils sauraient avoir été illégalement envoyé en possession provisoire. (Gand, 6 juillet 1833; J. de B., 1834, 129.)

(2) 42, ff. *de solut.*

provision, aucune portion de ses revenus, n'est point contraire à cette décision; son but est d'empêcher le curateur de faire cette remise, mais l'interdiction dont est frappé le condamné ne peut raisonnablement tourner à son profit, en l'autorisant à demander un nouveau payement : *nemo ex delicto suo actionem vel emolumentum consequi debet.* Nous pensons même que le curateur, pendant la durée de la peine, ne pourrait poursuivre le débiteur en nouveau payement; car ce serait de la sorte en faire profiter le condamné. Si l'on objecte que de cette manière la prohibition de la loi pourrait être éludée, nous répondrions que c'est un mal sans doute, mais que ce serait un mal bien plus grave si le condamné pouvait encore, par lui-même ou par le ministère de son curateur, toucher deux fois ce qui lui était dû.

39. Quant aux coutumax, le payement de leurs créances doit être fait au préposé de la régie des domaines et droits d'enregistrement du domicile du contumax, chargé d'apposer le séquestre sur ses biens et de les régir tant que durera la contumace (art. 471 du Code d'inst. crim.); ce qui doit être entendu, à l'égard des condamnés à une peine emportant mort civile, seulement des payements faits jusqu'à ce que la mort civile soit encourue, c'est-à-dire, jusqu'à l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par effigie, conformément aux art. 25 et 27 du Code civil combinés, et à ce que nous avons démontré au tome Ier, nº 229. Car, après cette époque, la succession est ouverte, et le compte du séquestre doit être rendu aux héritiers du condamné alors frappé de mort civile.

Du reste, nous pensons bien que si un payement était fait à un contumax non mort civilement, celui-ci ne pourrait ensuite en demander un nouveau sous prétexte que pendant la contumace, l'administration de ses biens lui était enlevée par la loi, et conférée au préposé de la régie; il serait non recevable, on le repousserait *exceptione doli mali* (1).

40. On ne peut payer à un créancier mineur non émancipé, ni à un interdit, aucune espèce de dette : le payement doit être fait au tuteur. (Art. 450 et 509.)

41. Mais le mineur émancipé assisté de son curateur peut recevoir le payement de ses capitaux et le remboursement de ses contrats de rente, que les débiteurs croient devoir lui faire, et en donner valable décharge. (Art. 482.) Et relativement à ce que l'on doit généralement entendre par *capitaux*, il convient de voir ce qui a été dit au tome II, nºˢ 679 et suivants.

Le mineur émancipé peut même recevoir seul, et sans espoir de restitution pour cause de minorité, ses revenus quelconques (art. 481), comme fermages, loyers, arrérages de rente et intérêts des capitaux, ainsi que le payement des denrées provenant de ses récoltes, et autres objets que l'on ne pourrait, sans forcer le sens du mot, considérer comme capitaux; car ayant l'administration de ses biens (*ibid.*), il peut cultiver par ses mains comme donner à ferme, et par conséquent vendre lui-même ses denrées et en recevoir le prix.

Et s'il est commerçant, ou s'il exerce une industrie, il peut recevoir, comme faire, le payement des obligations qui concernent son commerce ou son industrie.

42. Ceux qui sont placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire ont besoin de l'assistance de ce conseil pour recevoir un capital mobilier et en donner valable décharge (articles 499 et 513), et cela, soit qu'ils le touchent directement du débiteur, qui veut se libérer, soit qu'ayant transporté la créance à un tiers avec l'assistance du conseil ou avant d'être placés sous cette assistance, ils reçoivent du cessionnaire le prix du transport. Mais ils peuvent, comme les mineurs émancipés, recevoir seuls leurs revenus, sans être sujets à restitution, si ce n'est dans les cas, très-rares, où une personne parfaitement capable pourrait l'être elle-même pour ces objets.

43. Quant aux créances des femmes mariées, il faut distinguer quel régime celles-ci ont adopté.

(1) *Voyez* t. 1, nº 232.

Celles qui ont adopté le régime de la communauté ne reçoivent pas valablement le payement de leurs créances sans être autorisées à cet effet par le mari; et nous n'entendons pas seulement par là les créances qui sont entrées, de leur chef, dans la communauté; car elles ne sont plus les créances de la femme, et il ne saurait y avoir de doute que c'est au mari seul, comme chef et administrateur de la communauté, à en poursuivre le recouvrement et à donner décharge aux débiteurs. (Art. 1421.) Nous entendons parler aussi des créances de la femme qui ne sont point entrées dans la communauté, soit à raison d'une stipulation particulière, soit parce qu'il s'agirait d'une donation faite pendant le mariage et que le donateur aurait exprimé sa volonté que la chose restât propre à la femme. En effet, le mari a également qualité pour exercer les actions relatives à ces créances : c'est lui qui, sous ce régime, administre tous les biens de la femme, et peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à celle-ci : seulement il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement, ni exercer de son chef les actions immobilières qui appartiennent à cette dernière. (Art. 1428.) En outre, les revenus de ces mêmes créances entrent dans la communauté (art. 1401 - 2°), par conséquent c'est au mari à recevoir les payements, sauf la restitution qu'il en devra faire à la dissolution de la communauté. D'ailleurs, même sous le régime d'exclusion de communauté sans séparation de biens, la femme n'a pas l'administration de ses biens, ni le droit d'en percevoir les fruits : ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage (article 1530); c'est lui aussi qui administre les biens tant meubles qu'immeubles de la femme, et qui par suite, dit l'art. 1531, a le droit *de percevoir tout le mobilier que la femme apporte en dot, ou qui lui échoit pendant le mariage,* sauf la restitution qu'il doit en faire après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens qui serait prononcée par justice. Or, comment la femme mariée en communauté aurait-elle, sans l'autorisation de son mari, capacité pour recevoir le payement de ses créances qui ne sont point entrées dans la communauté, puisque le mari, comme chef de cette même communauté, a la jouissance de ces mêmes créances? Si, dans le cas d'exclusion générale de communauté, c'est au mari à toucher les créances de sa femme, ce doit être à lui également quand l'exclusion n'est pas de la communauté elle-même, mais seulement de certaines choses. Il doit, à la dissolution de la communauté, rendre compte de ce que la femme justifiera avoir apporté lors du mariage ou lui être échu pendant son cours, et qui lui est demeuré propre (1470-1°, 1503, et 1504 combinés), justification qui se fait par le contrat de mariage ou par des états ou inventaires : en sorte que si la femme ne donnait aux débiteurs que des quittances sous signature privée, qui ne fussent pas ensuite représentées, et qu'à la dissolution du mariage, la prescription fût acquise, le mari serait obligé de faire raison de sommes qu'il n'aurait pas touchées, parce qu'il serait présumé les avoir reçues lui-même, quand cependant, dans ce système, il n'y aurait aucune faute à lui reprocher. Nous n'insistons autant sur ce point que parce que quelques auteurs (1) ont prétendu qu'en attribuant au mari l'exercice des actions mobilières de la femme mariée en communauté, l'article 1428 voulait parler des actions pour choses mobilières qui sont entrées du chef de celle-ci dans la communauté, et non pour les choses de cette qualité qui sont propres à la femme en vertu d'une clause du contrat de mariage, ou par l'effet d'une clause d'une donation qui lui aurait été faite; ce que nous ne croyons pas le moins du monde, attendu que pour les choses entrées dans la communauté, l'art. 1421 avait déjà réglé le pouvoir du mari, et par conséquent que l'art. 1428 ne serait, à cet égard, qu'une répétition inutile d'un principe précédemment établi. Aussi Pothier et les autres auteurs qui ont écrit sur la communauté, reconnaissent-ils dans le mari l'exercice des actions pour les choses mobilières qui appartiennent en propre à la femme, c'est-à-dire qui ne sont point en-

(1) MM. Chabot et Toullier, dont nous réfutons l'opinion au tome VII, n° 120, note. *Voyez* aussi au tome VI, n° 425, note 2.

trées dans la communauté. D'ailleurs quelle plus forte preuve peut-il y en avoir que l'article 1531? Car l'on doit évidemment décider pour la partie ce que l'on décide par cet article pour la généralité des droits mobiliers de la femme; autrement il y aurait dans la loi une inconséquence palpable.

Ainsi les débiteurs des dettes dont il s'agit ne doivent pas payer à la femme tant que celle-ci n'est pas autorisée par son mari à recevoir le payement; ils s'exposeraient à payer de rechef, s'ils ne justifiaient pas que le mari en a profité; à plus forte raison en est-il ainsi à l'égard des créances de la femme qui sont entrées dans la communauté.

Il en est de même des créances de la femme mariée sous le régime dotal, et qui font partie de la dot; c'est au mari seul à en recevoir le payement, et lui seul peut en donner valable décharge (art. 1549); sauf à lui à donner pouvoir à sa femme, comme à tout autre, pour recevoir le payement.

Mais la femme séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit judiciairement, peut, sans autorisation, recevoir le payement de ses créances et en donner valable décharge, parce qu'elle a la libre administration de ses biens, et qu'elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner (à titre onéreux) (art. 1449 et 1536). Elle peut, par cela même, donner mainlevée des hypothèques, attendu que l'hypothèque, bien qu'elle soit un droit réel sur un immeuble (article 2114), n'est néanmoins qu'un accessoire, qui participe de la nature du principal.

Pareillement, la femme mariée sous le régime dotal, mais qui a des biens paraphernaux, peut recevoir sans autorisation le payement des créances qui font partie de ces mêmes biens, dont elle a l'administration (art. 1579); car, en général (1), l'administration des biens, dans l'esprit du Code, emporte la capacité d'aliéner le mobilier, par conséquent celle de recevoir le payement même d'un capital mobilier et d'en donner décharge, ce qui est une aliénation de la créance, en tant que le créancier ne l'a plus par le fait du payement.

Enfin, la femme même mariée sous le régime dotal peut, lorsque cela a été convenu par le contrat de mariage, toucher annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels (art. 1549); et il en est de même de la femme mariée sous le régime d'exclusion de communauté sans séparation de biens. (Art. 1534.)

Il faut au surplus remarquer que dans les cas où c'est à la femme que le payement doit être fait, le mari ne peut, sans son consentement, le recevoir et donner valable décharge; le débiteur ne lui payerait pas avec sûreté. (L. 11, Cod. *de solut.*)

44. Au reste, le payement fait à un incapable devient valable par la ratification donnée en temps de capacité. (Art. 1338 et 1239, second aliéna, par argument.)

45. Et il en est de même si le débiteur prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier. (Art. 1241). Et si c'est depuis que l'incapable a acquis la capacité que la chose a été dissipée par lui ou qu'elle est venue à périr, même par cas fortuit, il est censé en avoir profité, parce qu'il en a été plus riche en réalité pendant tout le temps qui s'est écoulé depuis le moment où il avait atteint sa capacité jusqu'à celui où la chose a été dissipée ou est venue à périr.

Mais si la demande en nouveau payement a eu lieu pendant l'incapacité, l'on doit, pour savoir si l'incapable s'est enrichi par le payement, et de combien, considérer le moment de la demande, parce que c'est à ce moment qu'elle doit être fondée.

L'on doit aussi considérer si l'incapable a employé la chose payée à se procurer des choses qui lui étaient *nécessaires* ou à payer des dettes légitimes, ou bien s'il l'a employée à se pro-

(1) Nous disons *en général*, parce qu'il y a quelques exceptions : notamment, le mineur émancipé a l'administration de ses biens, et il ne peut néanmoins aliéner toute espèce de choses mobilières. On peut voir ce qui a été dit à ce sujet, tome III, au titre *de la tutelle et de l'émancipation*, chap. V, sect. 2, §§ II et III.

curer des choses dont il n'avait pas besoin ou même qui lui étaient simplement utiles. La perte, même par cas fortuit, des choses nécessaires qu'il s'est procurées, ne l'autoriserait pas à demander un nouveau payement, car il a épargné d'autant sa propre bourse en se les procurant avec les deniers qui lui ont été payés. Mais la perte des choses même utiles, mais simplement utiles, arrivée pendant l'incapacité, ferait considérer le payement comme ne lui ayant en définitive pas profité. C'est donc une question de fait, du moins généralement.

46. Le payement fait à un incapable deviendrait pareillement valable par la ratification donnée par celui à qui il devait être fait : par exemple, le payement fait au mineur ou à l'interdit, ou à la femme mariée non autorisée, deviendrait valide par la ratification du tuteur ou du mari, parce que ce serait à lui qu'il serait censé avoir été fait.

Nous avons bien dit, au tome II, n° 518, qu'un mari ou un tuteur, en ratifiant l'engagement que la femme a contracté sans être autorisée, ou celui du mineur, ne peut enlever à la femme ou au mineur le moyen de nullité ; mais il n'y a pas de contradiction : car, autre chose est un engagement que le mari n'avait pas le pouvoir de contracter à l'effet d'obliger sa femme, ou que le tuteur ne pouvait contracter qu'en remplissant certaines formalités, ou peut-être même pas du tout, et un payement que le mari ou le tuteur devait lui-même recevoir, et qu'il est censé avoir reçu en l'approuvant, puisque le tuteur aura à en rendre compte, ainsi que le mari, s'il y a lieu, suivant la nature du régime sous lequel il serait marié. Mais la ratification ne validerait toutefois le payement à l'égard du mineur ou de la femme, ou de leurs héritiers, qu'autant qu'elle serait donnée pendant la tutelle ou le mariage.

47. Voyons maintenant les cas où le payement est fait à celui qui a pouvoir du créancier pour recevoir pour lui ; et, à cette occasion, nous parlerons de ceux qui sont indiqués par la convention pour le recevoir, et qu'on nomme, en droit, *adjecti solutionis gratiâ.*

Le payement fait au mandataire du créancier est réputé fait à celui-ci : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset.* (L. 180, ff. *de regul. juris.*) Et puisque le payement est censé fait au créancier lui-même, il importe peu quel est le mandataire ; qu'il soit ou non capable de recevoir pour lui-même, la chose est indifférente, parce que c'est la personne seule du créancier qui a donné le mandat qui doit être considérée, ce créancier devant s'imputer d'avoir donné pouvoir à un incapable. (L. 4, Cod. *de solut.*) En vain voudrait-on argumenter, contre cette décision, des termes de l'art. 1990, qui porte que les femmes et les *mineurs émancipés* peuvent être choisis pour mandataires, pour en conclure, *è contrario*, que les mineurs non émancipés ne peuvent l'être, et, en conséquence, que le payement fait à un mineur non émancipé choisi pour mandataire à cet effet par le créancier, n'est pas valable; nous répondrions que ce mot *émancipés* doit être entendu dans un sens explicatif, et non dans un sens restrictif. Il n'y avait aucun motif, en effet, pour changer l'ancien droit à cet égard ; et il n'y en avait pas non plus pour distinguer entre les femmes non autorisées et les mineurs non émancipés, puisque le mandataire n'aura toujours d'action contre le mineur non émancipé ou émancipé qu'il a choisi pour mandataire, que d'après les règles générales pour les obligations des mineurs, comme il n'en aura contre la femme non autorisée que d'après les règles établies au titre *du contrat de mariage et des droits et des devoirs respectifs des époux;* or, le tiers débiteur est tout à fait étranger à la responsabilité du mandataire, quel qu'il soit.

Celui qui a un mandat général d'administrer les affaires du créancier peut valablement recevoir les payements, car ce n'est là, en général, qu'un acte d'administration, et même un acte de conservation dans beaucoup de cas. (L. 12, ff. *de solut.*)

Et non-seulement on peut payer au mandataire choisi par le créancier, mais encore à celui qui a pouvoir d'une personne qui représente légalement ce dernier; par exemple, au mandataire choisi par le tuteur ou le mari, s'il s'agit d'une créance appartenant à un mineur

en tutelle (1), ou à une femme mariée, lorsque le payement devait être reçu par le mari; pourvu toutefois que le pouvoir du tuteur ou du mari dure encore au moment du payement, ou, s'il ne subsistait déjà plus, pourvu que le débiteur eût payé de bonne foi, dans l'ignorance de l'événement qui a fait cesser le pouvoir légal du tuteur ou du mari, et par suite celui du mandataire choisi par l'un ou l'autre (2). (Art. 2009, par argument.)

Si le mandataire avait pouvoir de se substituer quelqu'un, le payement fait au substitué serait pareillement valable. (Article 1998.)

Mais si le créancier n'avait pas lui-même la capacité de recevoir le payement, par exemple, parce qu'il était mineur non émancipé ou interdit, le débiteur ne se libérerait pas valablement envers lui par le payement fait à un mandataire de son choix, quoique ce mandataire fût d'ailleurs capable de recevoir pour lui-même.

Et le payement ne peut être fait qu'autant que le mandat, donné même par une personne capable, subsiste toujours. Néanmoins, comme nous venons de le dire, s'il avait été fait dans l'ignorance où était le débiteur de la cause qui a fait cesser le mandat, il serait valable, sinon *ex strictis principiis juris*, du moins, *ex æquitate et utilitate suadente*. (L. 12, § 2; L. 34, § 3; L. 51, ff. *de solut.*, et art. 2009 du Code.)

48. Mais le payement ne serait pas valable, s'il avait été fait à une personne qui n'avait qu'une fausse procuration; le débiteur devrait s'imputer de ne s'être pas suffisamment informé de la réalité du pouvoir. (L. 34, § 4, ff. *de solut.*) Cependant, si le titre se trouvait entre les mains de celui qui a reçu le payement, et par le fait du créancier qui le lui avait confié pour quelque raison particulière, cette circonstance pourrait faire déclarer le payement valable. Nous verrons même plus loin que le payement des effets de commerce, fait de bonne foi sur un faux endossement, et à l'échéance, doit libérer le débiteur; et l'endossement est une procuration à l'effet de toucher; c'est un *ordre* donné au débiteur de payer au porteur : celui-ci est constitué par cet acte, *procurator in rem suam* (*).

49. La seule remise des pièces à l'avoué, que l'on charge de former demande contre le débiteur, n'emporte pas le pouvoir de recevoir le payement de la dette : *Litis procuratori non rectè solvitur : nam et absurdum est cui judicati actio non datur, ei antè rem judicatam solvi posse.* (L. 86, ff. *de solut.*) On ne pourrait lui payer avec sûreté même après le jugement. *Voy.* Pothier, n° 513 (*).

50. Quant à l'huissier, la remise qui lui est faite du titre en forme exécutoire (c'est-à-dire de la grosse, ou de l'expédition du jugement) vaut pouvoir de recevoir le payement de la dette contenue au titre. Pothier le décide bien ainsi, mais il dit : « Le titre exécutoire dont est porteur le sergent *qui va de la part du créancier pour le mettre à exécution*, équipolle à un pouvoir. » Toutefois ces mots, *qui va le mettre à exécution*, ne doivent pas être pris dans un sens restrictif; nous ne croyons même pas que Pothier les ait employés en ce sens. Le payement fait à l'huissier au moment où il fait le commandement, qui doit précéder la saisie, serait également valable (*); car, en faisant faire ce commandement, le créancier entend par cela même que le débiteur y obtempère de suite, et la raison veut aussi que celui-ci puisse éviter les frais et l'éclat de la saisie; or, s'il ne pouvait payer valablement à l'huissier au moment du commandement, il lui serait impossible d'éviter ces frais autrement qu'en faisant des offres dans le délai qui doit s'écouler entre le commandement et la saisie (délai qui n'est que d'un jour lorsqu'il s'agit de saisie

(1) L. 96, ff. *de solut.*

(2) Toullier, 7, n° 18; Delvincourt, 5, nos 337 et 340.

(*) Un payement fait chez le notaire qui a reçu l'obligation, lorsque celui-ci n'avait pas pouvoir de recevoir et que l'acte portait que le payement serait fait au créancier, est nul. (Cass., 17 août 1831; Sirey, 31, 386.)

(*) Toullier, 7, nos 21 et 22; Rolland, nos 76 et 77.

(*) Cass., 3 décembre 1838; Sirey, 39, 339; Toullier, 7, no 20. — Mais il n'en est plus de même, lorsque ce payement lui est fait *ex intervallo*; Brux., 26 fév. 1817. J. de B., 1817, 1, 268.)

Jugé également que le pouvoir de l'huissier cesse lorsque les poursuites ont été suspendues par une opposition. (Colmar, 25 janvier 1820; Sirey, 20, 2, 185.)

mobilière), ou bien il serait obligé d'attendre chez lui l'arrivée de l'huissier quand celui-ci viendrait saisir, moment que le débiteur ignore complétement; et c'est ce qui n'a pu entrer dans la pensée du législateur. Par la même raison, le payement fait à l'huissier dans l'intervalle qui sépare le commandement et la saisie, est valable, pourvu, bien entendu, que cet officier ministériel soit encore chargé du titre au moment où le payement lui est fait. Et il faut décider la même chose quant au payement fait après la saisie et avant la vente des objets saisis : car l'office de l'huissier durant toujours, le débiteur doit pouvoir arrêter le cours des poursuites en payant à celui auquel il a pu valablement payer au moment de la saisie et au moment du commandement, dont l'effet subsiste encore.

Mais si le titre remis à l'huissier n'était pas en forme exécutoire, par exemple si c'était un billet à lui remis pour donner assignation au débiteur, le payement, selon nous, ne lui serait pas valablement fait tant qu'il n'aurait pas l'expédition en forme d'un jugement de condamnation. Vainement le débiteur argumenterait de la disposition de l'art. 1240, suivant lequel le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé; car cette disposition ne s'applique qu'au cas où le débiteur n'a commis aucune imprudence et a dû croire que le possesseur du titre était réellement le maître de la créance, ce qu'il n'a cru ni dû croire dans l'espèce. Toutefois Denizart, au mot *Payement*, cite un arrêt du parlement de Rouen, du 8 août 1749, qui a jugé qu'un huissier porteur d'un billet, même non enregistré, avait pu valablement en recevoir le montant, encore qu'il n'eût pas d'ordre écrit à cet effet. Mais tel n'est pas notre avis.

51. On a souvent agité la question de savoir si le pouvoir de vendre ou de louer renferme tacitement celui de recevoir le prix de la vente ou du louage. Barthole et plusieurs autres, notamment Fachin, ont soutenu l'affirmative. Wissembach était d'un sentiment opposé, et Pothier s'est rangé à l'avis de ce dernier, toutefois en le modifiant en raison des circonstances du fait : comme, dit-il, lorsqu'on a remis à une revendeuse des objets pour les vendre; dans ce cas, le pouvoir de vendre renferme celui de recevoir le prix de la vente. Mais, en principe, cet auteur s'est attaché au sentiment de Wissembach, et il cite, à l'appui, la loi 12, § 1, ff. *de exercit. act.*, dans laquelle Ulpien dit que le préposé à un navire pour faire avec les passagers le marché de leur passage, n'a pas le pouvoir d'en recevoir le prix. Cette décision d'Ulpien ne serait toutefois suivie, dans notre droit, qu'autant que, à raison d'un usage constant et notoire de l'entreprise ou par un avis public, les voyageurs n'auraient pu être induits en erreur sur l'étendue du pouvoir donné au préposé; et ordinairement il s'étend aussi à recevoir le prix du louage.

Quant à l'exception apportée par Pothier dans les ventes, elle doit incontestablement, dans notre droit, où, en fait de meubles, la possession vaut titre, être étendue à tous les cas de vente de meubles mis en la possession du mandataire, soit que celui-ci ait vendu en son nom, comme font les agents de change dans les négociations d'effets publics, et la plupart du temps les courtiers et les commissionnaires (1), soit qu'il ait vendu au nom du mandant.

(1) Les commissionnaires agissent en leur propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant, ou bien ils agissent au nom du commettant, et dans ce cas leurs devoirs et leurs droits sont déterminés par le Code civil, au titre *du Mandat*. (Art. 91 et 92, Code de comm.)

Dans le premier cas aussi, leurs devoirs et leurs droits par rapport au commettant sont déterminés par les principes du mandat. C'est le mandat des Romains, d'après les principes du droit civil. Dans ces principes, le mandataire traitait pour lui, sauf à rendre compte au mandant, et c'était lui, et non le mandant, qui agissait contre le tiers, parce que l'on ne pouvait acquérir une action par le contrat d'une personne dont on n'était point l'héritier, ou qu'on n'avait point sous sa puissance. (L. 11, ff. *de oblig. et act.*) Le mandant n'aurait pu agir contre le tiers qu'au moyen de la cession des actions du mandataire; et, *vice versâ*, le tiers n'aurait pu agir contre le mandant qu'au moyen aussi de la cession des actions du mandataire. Tandis que, dans le droit français, le mandataire qui a traité en cette qualité, et qui a donné suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est point personnellement obligé envers celui avec lequel il a traité; comme, *vice versâ*, il n'a point personnellement d'action contre lui à raison du contrat; il n'est, en un mot, qu'un instrument.

M. Toullier fait, quant à la question en général, une distinction que nous ne saurions adopter dans toute son étendue. « Si, dit-il » (tome VII, n° 23), le pouvoir de vendre porte » celui *de donner un terme pour le payement,* il » nous paraît évident qu'il ne renferme point » celui de recevoir; car alors vendre et rece- » voir le prix de la vente sont deux actes sé- » parés, qui doivent être faits dans des temps » différents.

» Ainsi, le pouvoir de louer une maison, » d'affermer une terre ne contient point le pou- » voir de recevoir les loyers ou les fermages. » La loi 1, § 12, ff. *de exercit. actione,* citée » par Pothier, favorise cette distinction (1).

» Mais si le pouvoir de vendre ne renferme » point celui de faire crédit ou de donner un » terme, le mandataire est alors obligé de ven- » dre *argent comptant*, et dans ce cas le pou- » voir de vendre renferme nécessairement celui » de recevoir le prix et d'en donner quittance. » Ainsi, les personnes chargées de vendre pu- » bliquement et à l'encan, ont nécessairement » le pouvoir de recevoir le prix de la vente; » car ils doivent vendre *argent comptant,* et s'ils » font crédit à quelques acheteurs-adjudica- » taires, ils répondent des insolvabilités. Ainsi » encore les vendeurs à la toilette, qui portent » des effets à vendre dans les maisons particu- » lières, ont tacitement le pouvoir d'en recevoir » le prix (*). »

Nous ferons d'abord observer que le pouvoir de vendre, sans autre explication, n'oblige pas nécessairement le mandataire à ne vendre qu'au comptant, ainsi que le dit M. Toullier; sauf, bien entendu, les cas de ventes de meubles faites à l'encan. Car l'intérêt du mandant peut exiger souvent que l'on fasse terme à l'acheteur; et il y en a un d'usage dans la plupart des ventes de marchandises, faites de marchand à marchand, et même dans les fournitures en gros faites aux particuliers.

En second lieu, de ce que le mandat porterait *pouvoir de vendre à terme*, il ne s'ensuivrait pas que la vente ne dût être faite que de cette manière, si le mandat ne le disait pas : le pouvoir de vendre à terme doit être entendu en ce sens que le mandataire pourra vendre à terme, pour le plus grand avantage du mandant, suivant les circonstances; mais il n'exclut pas le pouvoir de vendre au comptant si l'occasion s'en présente. D'après cela, même suivant M. Toullier, le mandataire aurait pouvoir de recevoir le prix de la vente qui serait faite au comptant; tandis que cet auteur décide le contraire lorsque le mandat porte simplement le pouvoir de vendre à terme. Il confond ainsi mal à propos le pouvoir de donner un terme, avec le pouvoir de ne vendre qu'à crédit, ce qui est cependant bien différent. Aussi, dans le cas où il s'agirait du mandat de vendre des choses mobilières, l'on ne devrait admettre sa décision qu'autant que le pouvoir porterait positivement que le mandataire devra vendre à tel ou tel terme, ou aux termes d'usage; alors on pourrait dire avec cet auteur qu'il y a deux actes, et que le mandataire n'a reçu le pouvoir que de faire la vente seulement, s'il n'y avait d'ailleurs rien de plus dans le mandat.

Mais si le mandat ne dit pas que le mandataire devra vendre à terme, et qu'il s'agisse de choses mobilières, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait recevoir le prix de la vente, quand bien même il aurait accordé terme à l'acheteur; car, puisqu'il eût pu le recevoir lors de la vente, en vendant au comptant, son pouvoir à

Du reste, d'après le droit prétorien, et depuis l'introduction des actions *exercitoire et institoire,* le mandant pouvait, dans beaucoup de cas du moins, agir contre le tiers sans avoir besoin de la cession des actions du mandataire, et *vice versâ,* le tiers pouvait agir contre le mandant sans avoir besoin de cette cession : ils agissaient, l'un et l'autre, *ad exemplum institoriæ actionis,* comme le dit la loi 13, § 25, ff. *de actionibus empti et venditi.* Telle est la décision de Papinien, rapportée et adoptée par Ulpien dans cette loi.

(1) Pour que cette loi favorisât cette distinction, il faudrait admettre que l'usage, à Rome, était, comme chez nous, de payer le prix du passage, non pas au départ, mais à l'arrivée, ce qui eût été une sorte de terme : tandis qu'au contraire, Montaigne dans ses *Essais*, liv. I, chap. 49, *des coutumes anciennes*, dit : « Les Romains » payaient ce qui était dû aux bateliers pour leur noléage » (leur nolis ou prix du passage) dès l'entrée du bateau, » ce que nous faisons après être rendus à port. » Ce qui est confirmé par ce passage d'Horace, sat. V, vers 13 :

Dùm æs exigitur dùm mula ligatur, tota abit hora.

(*) *Voyez*, dans le sens de Toullier, Delvincourt, 5, n° 538.

l'effet de le recevoir plus tard s'est continué tant qu'il n'a pas été révoqué.

Cependant, quant au simple mandat de vendre des immeubles, nous croyons devoir décider différemment : nous pensons qu'à moins que le pouvoir ne porte positivement de vendre au comptant, il ne renferme pas celui de recevoir le prix, lors même que la vente serait faite sans terme (1). Il y a sous ce rapport une différence sensible entre le pouvoir de vendre des immeubles, et celui de vendre des choses mobilières: la personne qui confie la disposition d'effets mobiliers à un mandataire, est naturellement présumée avoir placé en lui sa confiance, pour qu'il en reçoive aussi le prix; tandis qu'à l'égard des immeubles, le mandat de les vendre n'est que la commission de faire un acte, et cela ne suppose pas, quant à la réception du prix, la même confiance dans le mandataire de la part du mandant.

Du reste, nous pensons bien avec M. Toullier que le simple mandat de louer une maison ou d'affermer une terre ne renferme pas celui de recevoir les loyers et les fermages, sauf ce qui a été dit plus haut sur le cas d'un mandat général d'administration des affaires du mandant, et sauf aussi le cas du mandat de gestion de la chose affermée ou louée; et même hors ces cas, le mandat renfermerait le pouvoir de recevoir le pot-de-vin payé par le fermier ou le locataire, ainsi que le terme d'avance qui serait payé en vertu d'une convention ou de l'usage, comme cela a presque toujours lieu à Paris dans les locations de boutiques ou de magasins.

52. Le payement fait à celui qui n'avait pas pouvoir suffisant du créancier pour le recevoir, devient au surplus valable, si celui-ci le ratifie (2), ou s'il en a profité. (Art. 1239).

Une ratification tacite suffit même pour valider le payement, par exemple, si le créancier a intenté contre celui qui l'a reçu l'action de gestion d'affaires à raison de ce même payement, encore que la demande ait été sans résultat pour une cause ou pour une autre, *puta* à cause de son insolvabilité. Si celui qui a reçu mal à propos le payement est devenu héritier du créancier, il est clair qu'il ne peut demander au débiteur un nouveau payement, puisqu'il serait tenu de lui restituer celui qui lui a été fait. Si c'est au contraire le créancier qui a succédé à la personne qui a reçu mal à propos le payement, ce payement est valide dans la proportion de la part héréditaire du créancier, s'il a accepté la succession purement et simplement, parce qu'alors il en a profité ou est censé en avoir profité dans cette proportion, lors même que la succession serait très-mauvaise. Mais s'il ne s'est porté héritier que sous bénéfice d'inventaire, le payement n'est ratifié que jusqu'à concurrence de son émolument dans l'hérédité.

Le payement fait à un substitué pendant que l'institué délibère s'il acceptera la succession, est pareillement ratifié si ce dernier renonce à l'hérédité et si le substitué l'accepte. (L. 96, § 4, ff. *de solut.*)

53. Jusqu'ici nous avons parlé du payement fait au mandataire du créancier, mais quelquefois un tiers est indiqué par la convention elle-même pour le recevoir, et ce cas diffère de celui où c'est un mandataire, en ce que, dans ce dernier, le créancier peut révoquer le mandat quand bon lui semble, et empêcher ainsi que le payement ne soit fait au mandataire; au lieu que lorsque le tiers a été indiqué par la convention, comme cette indication fait une partie intégrante du contrat, le débiteur, en thèse générale, peut payer au tiers indiqué, nonobstant l'opposition du créancier. C'est une règle qui n'est sujette qu'à peu d'exceptions; nous les expliquerons bientôt (*).

Le tiers indiqué par la convention pour recevoir le payement s'appelle en droit *adjectus solutionis gratiâ*. Lorsqu'il a reçu le payement, il est tenu d'en faire compte au créancier, qui a contre lui l'action du mandat, même dans le cas où le tiers n'a point été présent à la conven-

(1) Rouen, 9 novembre 1839; Sirey, 40, 80.

(2) *Rati enim habitio mandato comparatur.* L. 12, § 4, ff. *de solut.*

(*) Lorsque la convention porte que le payement se fera au créancier ou à telle personne, le débiteur est libéré par le payement à l'un ou à l'autre, selon sa volonté. (Roll. de Vill., vo *Indic. de payement,* nos 5, 6 et 7; Toullier, 7. no 25.)

tion; car, en recevant le payement, il accepte par cela même le mandat à l'effet de le recevoir. Toutefois, il arrive souvent que le tiers indiqué est un créancier du créancier, au profit duquel celui-ci fait une délégation : comme lorsqu'un vendeur convient avec l'acheteur que ce dernier payera le prix de la vente aux créanciers ayant hypothèque ou privilége sur la chose vendue; alors le payement fait à ces créanciers tourne à la décharge du vendeur; et l'acheteur aussi se trouve libéré. Quelquefois aussi c'est une personne à laquelle le créancier veut faire une libéralité, dont l'exécution, comme don manuel, est très-valable, encore qu'il n'y ait pas d'acte de donation en forme. Ce cas rentre dans un de ceux prévus par l'art. 1121. D'autres fois c'est un crédit que le créancier veut ouvrir à un tiers; enfin quelquefois aussi l'indication du tiers pour recevoir le payement est faite dans l'intérêt même du débiteur, dans la vue que celui-ci puisse éteindre la dette avec lui par tel ou tel moyen, comme la compensation, dans l'hypothèse où il serait créancier du tiers, la novation, la remise de la dette ; mais alors l'indication a les caractères de la délégation de la *créance*, et vaut cession dès qu'elle est acceptée par le tiers.

Du reste, lorsqu'elle n'est faite ni dans l'intérêt du tiers, ni dans celui du créancier, mais seulement dans celui du débiteur, ce dernier, au lieu de payer au tiers, peut payer au créancier lui-même, et lui faire des offres, s'il se refuse à recevoir.

Et suivant ce que nous avons dit à l'égard du mandataire, il n'est pas nécessaire non plus que le tiers indiqué soit capable de recevoir le payement pour lui-même, lorsque ce n'est point dans son intérêt qu'il a été indiqué pour le recevoir : il suffit que le créancier soit capable de faire l'indication; c'est sa faute d'avoir choisi un incapable, ou d'avoir consenti à ce que le débiteur l'indiquât à cet effet. (L. 95, § 6, ff. *de solut.*) Et il n'aura néanmoins action contre le tiers que d'après les règles qui régissent sa capacité.

On peut indiquer un tiers, non-seulement pour recevoir la même chose que celle que le débiteur a promis de payer au créancier, mais encore pour recevoir une chose différente : comme lorsque je conviens avec un individu qu'il pourra faire paître ses bestiaux dans mes bois, à la charge de me payer la somme de cent francs, ou bien de fournir à mon colon quarante journées de travail. C'est une obligation alternative. (L. 34, § 2; L. 98, § 6, ff. *de solut.*; et L. 141, § 5, ff. *de verb. oblig.*)

Et la somme à payer au tiers peut être moindre que celle que le débiteur s'oblige à payer au créancier. Le jurisconsulte Paul, dans la loi 98, § 5, ff. *de solut.*, agite la question de savoir si, dans ce cas, le payement fait au tiers libère entièrement le débiteur, et il dit avec raison, qu'il faut s'attacher à l'intention des parties; que si, par exemple, j'ai stipulé de vous que vous me payerez la somme de dix francs ou que vous en payerez cinq à Titius, et que cela ait été convenu expressément comme clause pénale, comme s'il avait été dit : *Promettez-vous de me payer dix au cas où vous ne compterez pas cinq à Titius tel jour?* alors le payement des cinq fait à Titius vous libère entièrement; car les dix ne m'étaient promis que sous une condition qui est venue à manquer; mais que si la promesse a été faite simplement de me payer dix ou de payer cinq à Titius, le payement des cinq à Titius ne vous libère que pour cette somme. Si, en sens inverse, j'ai stipulé que vous me payerez cinq, ou dix à Titius, le jurisconsulte décide que si vous avez payé seulement cinq à Titius, vous n'êtes nullement libéré à mon égard; et si vous lui aviez payé les dix convenus, vous ne pourriez pas répéter de moi les cinq payés en sus de ceux que j'avais stipulés pour moi, car les dix reçus par Titius me seraient dus par lui à raison du mandat que je lui avais donné pour les recevoir; en sorte qu'il ne serait pas vrai de dire que j'aurais reçu quelque chose indûment, par conséquent je n'aurais rien à restituer.

L'indication peut aussi se faire pour un temps ou pour un lieu différent du temps et du lieu où la chose serait payable au créancier : par exemple, je m'oblige à vous payer telle somme à Lyon, au premier septembre prochain, ou bien à Paul à Bordeaux, au premier octobre. Le jour du terme pour payer au tiers peut même être plus rapproché que celui fixé pour payer au créancier : par exemple, promettez-vous de

me payer cent francs au premier septembre prochain, ou de payer cent francs à Paul au premier août? C'est comme s'il avait été dit : au cas où vous ne payerez pas cent francs à Paul Au premier août prochain, promettez-vous de me les payer au premier septembre? (*Voy.* sur ces cas les L. 98, § 4; L. 6, ff. *de solut.*; et L. 141, § 6, ff. *de verb. oblig.*)

On peut pareillement faire dépendre l'indication d'une condition, quoique l'obligation soit pure et simple. (*Dictâ lege* 98, § 4, ff. *de solut.*) Mais si l'obligation elle-même était conditionnelle, l'indication, quoiqu'elle fût pure et simple dans les termes, serait aussi conditionnelle au fond; elle dépendrait nécessairement de l'événement dont on aurait fait dépondre l'obligation; car il n'y a lieu à payement que lorsqu'il y a dette; or, il n'en existe point encore tant que la condition n'est pas accomplie; jusque-là il n'y a qu'une simple espérance, *tantùm spes debitum iri.* (L. 141, *de verb. oblig.* précitée, § 7.) Il en serait de même si l'indication était faite sous une autre condition que celle dont dépendrait l'obligation.

Le payement peut non-seulement être fait au tiers par le débiteur, mais encore par une autre personne. (L. 59, ff. *de solut.*) Les héritiers du débiteur peuvent donc payer au tiers, encore qu'ils eussent passé titre nouvel au créancier sans renouveler la mention de l'indication; car on n'est pas présumé déroger au titre primordial.

Mais, en sens inverse, on ne peut, en général, payer au représentant du tiers indiqué (L. 55, ff. *de verb. oblig.*; L. 81, ff. *de solut.*); ni par conséquent à ses créanciers, lesquels, d'après cela, n'ont pas le droit de saisir la somme ou la chose due entre les mains du débiteur.

Cette décision souffre toutefois exception lorsque l'indication a été particulièrement faite dans l'intérêt du débiteur, de manière qu'il pût se libérer avec le tiers d'après un mode quelconque, par exemple par voie de compensation, dans le cas où celui-ci se trouverait être son débiteur : alors il pourrait payer aux héritiers du tiers, et compenser avec eux, sauf au créancier à se faire faire raison par eux, s'il y avait lieu. Elle souffre aussi exception lorsque l'indication a été faite dans l'intérêt du tiers lui-même, qui doit recevoir pour son propre compte la somme ou la chose due, comme dans le cas où le créancier lui en fait don, ou lorsque étant son débiteur il lui assigne la créance en payement, même hors le cas de cession proprement dite : alors, non-seulement le payement peut être fait aux héritiers du tiers décédé, mais encore il doit l'être; et ses créanciers, comme exerçant ses droits (article 1166), peuvent saisir-arrêter la somme due entre les mains du débiteur, pourvu, s'il s'agit d'un don, que le tiers l'ait accepté avant que le stipulant l'ait révoqué. (Art. 1121.)

Nous avons dit que le débiteur peut, en thèse générale, payer au tiers indiqué, malgré le créancier; nous avons par là fait entendre qu'il y a des exceptions. Il y en a effectivement plusieurs.

1° Lorsque l'indication a été faite après coup, et qu'elle n'est pas l'effet d'une convention particulière entre le créancier et le débiteur, mais un simple mandat de payer donné à celui-ci : alors, comme tout mandat, elle peut être révoquée.

2° Même dans le cas où elle a été faite par le contrat, si le tiers indiqué est tombé dans un cas où il n'est pas vraisemblable que le créancier eût voulu que le payement lui fût fait s'il eût pensé à cette circonstance : comme lorsque le tiers est tombé depuis le contrat en état de faillite ou de déconfiture, ou d'interdiction ou de mort civile, ou, si c'est une fille ou une veuve, qu'elle se soit mariée depuis : dans ces cas, le créancier peut s'opposer à ce que le payement soit fait au tiers, parce qu'il n'a plus avec les mêmes sûretés l'action de mandat contre lui pour répéter la chose payée. (L. 38, ff. *princip. de solut.*) Et il en serait de même quoique le tiers fût déjà en état d'incapacité au moment du contrat si le créancier ignorait cette circonstance : mais s'il en avait connaissance, le débiteur pourrait, malgré lui, payer au tiers (1). (L. 95, § 6, ff. *de solut.*)

Si l'indication avait été faite dans l'intérêt du tiers, ainsi que nous venons d'en donner des exemples, son changement d'état survenu de-

(1) Toullier, 7, n° 24.

puis le contrat n'autoriserait pas le créancier à exiger que le payement lui fût fait à lui-même; seulement le débiteur ne pourrait payer valablement qu'à l'administrateur des biens du tiers.

3° Lors même que le tiers n'a point changé d'état et que l'indication a été faite par le contrat, si cependant il est de l'intérêt évident du créancier que le payement ne soit pas fait au tiers, parce qu'il est survenu des inimitiés entre eux, ou parce que le premier qui était débiteur du second au moment du contrat s'est libéré envers lui, alors le créancier peut s'opposer à ce que le payement lui soit fait, pourvu que le débiteur n'eût pas lui-même intérêt à payer au tiers; car s'il ne se refusait à payer au créancier que par malice et obstination, les tribunaux déclareraient valide l'opposition du créancier, *quia malitiis non est indulgendum.* C'est aussi l'opinion de Pothier.

Dans le droit romain, la faculté de payer au tiers indiqué cessait lorsque, sur la demande du créancier, il était intervenu contestation en cause. (L. 57, § 1, ff. *de solut.*) Cela tenait à ce que la litiscontestation opérait une novation de la dette; mais cette novation n'a pas lieu dans notre droit, ainsi que l'observe Pothier.

Le payement d'une partie de la dette fait au créancier n'enlève pas au débiteur la faculté de payer le surplus au tiers indiqué. (L. 71, ff. *de solut.*)

Lorsqu'il n'y a qu'une simple indication de payement, le débiteur ne peut faire novation avec le tiers, ni celui-ci lui faire remise de la dette, attendu que ce tiers n'est pas pour cela créancier, mais seulement préposé pour recevoir le payement. (L. 10, ff. *de solut.;* L. 27, *princip.*, ff. *de pactis;* L. 7, § 1, ff. *de constit. pecun.*)

Le débiteur, dans ces cas de simple indication, ne peut non plus se libérer avec le tiers par voie de compensation, bien que la compensation soit considérée comme un payement, car elle n'est considérée comme telle qu'entre le créancier et le débiteur. Quant au tiers indiqué, *tantùm ei solvi potest.* (*Dictâ lege* 10, ff. *de solut.*)

Et, règle générale, le tiers ne peut non plus poursuivre le débiteur, ni même en recevoir une caution ou des gages. (L. 23, ff. *de fidejuss. et mand.*, et L. 33, ff. *de pignorib.*) Ce serait agir ou stipuler pour autrui; ce qui ne peut avoir lieu, de droit commun, qu'en vertu d'un mandat.

Mais lorsque l'indication du tiers a été faite dans la vue que le débiteur pourrait se libérer de toute manière avec lui, et que l'intention des parties à cet égard n'est point douteuse, ou lorsqu'elle a eu lieu dans l'intérêt même du tiers, parce que c'est un don de tout ou partie de la dette que lui a fait le stipulant, ou une assignation de la créance pour se libérer lui-même envers lui, dans le cas où il serait son débiteur; alors la novation, la remise de la dette et la compensation pourraient très-bien s'opérer entre le débiteur et le tiers, parce qu'elles s'opéreraient réellement entre débiteur et créancier. Le tiers pourrait aussi poursuivre le payement de la dette.

Et il faut remarquer que, même dans le cas où ce serait un don fait au tiers, celui-ci, en faisant l'un des actes ci-dessus, accepterait suffisamment la stipulation faite à son profit, attendu que l'art 1121 n'exige pas une acceptation expresse, ni par acte authentique, en sorte qu'après cette acceptation tacite, le créancier ne pourrait pas révoquer la stipulation.

Quand il n'y a qu'une simple indication de payement, quoique le débiteur ne puisse faire novation de la dette avec le tiers, ni se faire faire remise par lui, ni compenser avec lui, il peut néanmoins lui faire des offres de payement, puisqu'on peut toujours faire des offres réelles à celui à qui on peut payer valablement; mais la validité des offres devrait être jugée avec le créancier, attendu que le tiers n'a qualité que pour recevoir le payement. Il en serait même ainsi dans le cas où le tiers aurait un mandat spécial pour recevoir, si ce mandat ne portait aussi pouvoir de défendre à la poursuite en validité d'offres; et le mandataire ne pourrait poursuivre le débiteur en payement, si le mandat n'en contenait aussi le pouvoir. Au surplus, si l'indication n'est pas simplement pour recevoir le payement, si elle emporte assignation, au profit du tiers, de la créance elle-même, par don, délégation ou autrement, c'est même avec lui que la validité ou la nullité des offres doit être jugée.

54. Quant aux personnes désignées par la loi pour recevoir pour le créancier, il faut mettre en première ligne les tuteurs, qui reçoivent pour les mineurs et les interdits placés sous leur tutelle, et qui donnent valable décharge aux débiteurs (articles 450, 509 et 1239 combinés), lors même que ces tuteurs seraient alors insolvables.

Mais la seule raison de proximité de la parenté ne suffit pas pour autoriser à recevoir le payement, quand même ce serait le père ou la mère si, par quelque cause, ils n'étaient point chargés de la tutelle.

Et comme le subrogé tuteur ne remplace point de plein droit le tuteur lorsque la tutelle devient vacante, ou qu'elle est abandonnée par l'absence de celui qui l'exerce; qu'il y a seulement devoir pour lui de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur (article 424), il s'ensuit que le payement ne peut non plus lui être fait valablement.

Et si, dans ce cas, un débiteur du mineur veut se libérer, il faut distinguer: si la tutelle est devenue vacante, le débiteur doit faire faire sommation au subrogé tuteur pour qu'il fasse procéder aussitôt à cette nomination. Si ce dernier n'y obtempère pas, le débiteur peut l'assigner devant le tribunal, et, s'il fait défaut ou conteste, demander à être autorisé à déposer à la caisse des consignations la somme ou la chose due, et à notifier au subrogé tuteur lui-même l'acte de dépôt, pour la régularité des offres, le tout aux frais de ce dernier. Car le débiteur doit pouvoir se libérer et arrêter le cours des intérêts. Si la tutelle est seulement abandonnée par l'absence du tuteur, le débiteur peut procéder comme il vient d'être dit, ou bien faire des offres à la personne même du tuteur, en faisant les actes à son dernier domicile connu; et le subrogé tuteur serait également responsable envers le mineur des frais légitimement faits par le débiteur.

Le payement fait au protuteur d'une créance qui n'entre point dans son administration, ou celui fait au tuteur d'une créance qui fait partie de l'administration du protuteur, n'est pas valable, s'il n'a tourné au profit du mineur, ou si celui-ci ne l'a ratifié, attendu que la gestion du tuteur et celle du protuteur sont tout à fait indépendantes l'une de l'autre. (Art. 417 et L. 100, ff. *de solut.*)

Suivant la loi 14, § 1, ff. *de solut.*, le payement fait au tuteur honoraire est valable, à moins que l'administration de la tutelle ne lui eût été spécialement interdite par le préteur; car, dit Ulpien dans cette loi, la responsabilité de la tutelle pèse aussi sur les tuteurs honoraires, *nam et ad hoc periculum pertinet.* Mais dans notre droit, un tuteur honoraire, et il est très-rare qu'il y en ait, n'aurait pas qualité pour recevoir les payements, à moins que, nommé par un testateur, celui-ci ne lui eût spécialement attribué qualité pour les recevoir dans certains cas, et que celui qui lui serait fait n'eût lieu que dans l'un de ces mêmes cas. Alors le mineur aurait aussi hypothèque sur les biens du tuteur honoraire.

Le payement, quoique fait à un tuteur irrégulièrement nommé, n'en est pas moins valable, lorsqu'il a eu lieu de bonne foi. Il en doit être de ce cas comme de celui où le payement a été fait de bonne foi à celui qui était en possession de la créance, lequel n'est pas moins valable, encore que le possesseur soit par la suite évincé de cette créance. (Art. 1240.)

La loi *Barbarius Philippus* 3, ff. *de officio prætorum*, fournit un puissant argument en faveur de cette décision, que nous avons déjà donnée au titre de la tutelle, tome III, n° 479.

Il en est de même du payement fait de bonne foi au tuteur dont la destitution se trouvait alors provoquée. (L. 14, § 1, ff. *de solut.*); de celui fait également de bonne foi au tuteur qui était sous le coup d'une accusation capitale, et qui continuait d'administrer la tutelle. (L. 45, § 1, *eodem tit.*)

Mais suivant le § 2 de la loi 14 ci-dessus citée, le payement fait à celui qui se trouvait alors exclu ou destitué de la tutelle, n'est pas valable; le jurisconsulte ne distingue pas, dans ce cas, si le débiteur a payé *bonâ fide, aut sciens.* Et en effet, lorsque la tutelle est finie, l'ex-tuteur n'a plus qualité pour recevoir. Cependant cette décision nous paraît souffrir quelques difficultés, car si, suivant cette loi, le payement, quoique fait de bonne foi, n'est pas valable,

lorsqu'il a été fait à celui que le débiteur croyait encore tuteur et qui ne l'était plus, parce que la tutelle avait pris fin par une cause quelconque, il faudrait par cela même décider que si le mineur était venu à mourir, le payement fait au tuteur depuis cet événement ne serait pas non plus valable, quoique le tuteur l'ignorât lui-même ainsi que le débiteur, le mineur étant mort, par exemple dans un ville éloignée où il avait été placé en pension, et la nouvelle de sa mort n'étant point encore parvenue au lieu où le payement a été fait; mais une telle décision paraîtrait bien rigoureuse. Les tiers débiteurs n'ont pas non plus toujours les moyens de savoir au juste l'âge du mineur ou des mineurs placés sous la même tutelle : beaucoup peuvent donc avoir payé de bonne foi au tuteur depuis le moment où le mineur, ou l'un d'eux, a atteint la majorité. Le payement fait au mandataire dont les pouvoirs ont été révoqués par une cause quelconque, mais dans l'ignorance où était alors le débiteur de la révocation du mandat, est valable d'après une foule de textes du droit romain (1), et d'après le Code civil lui-même (art. 2009); or, qu'est-ce qu'un tuteur si ce n'est un mandataire choisi par la loi ou en vertu de ses dispositions? De plus, nous avons dit plus haut que le payement fait de bonne foi au mandataire choisi par le tuteur, depuis la cessation du pouvoir de ce dernier, est valable par application de l'art. 2009. D'après cela, comment le payement fait à celui-là même qui aurait donné ce pouvoir, maintenant révoqué, ne serait-il pas également valable? Et si l'article 2040 maintient le payement fait de bonne foi à celui qui était en possession de la créance, et qui en a été ensuite évincé, pourquoi ne maintiendrait-on pas également, par analogie, le payement fait à celui que le débiteur avait de justes raisons de croire avoir encore qualité pour le recevoir? L'article 419 veut même que les héritiers majeurs du tuteur soient tenus *de continuer la tutelle* jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur, quoique la tutelle soit une charge personnelle; d'où l'on doit conclure que les payements qui leur sont faits sont valables; or, la raison est la même quant à ceux qui sont faits de bonne foi au tuteur dont le pouvoir avait cessé. Sans doute l'intérêt des mineurs est très-digne de faveur, mais celui des débiteurs qui ont payé de bonne foi, et que l'on veut faire payer derechef, ne l'est pas moins. Aussi, tout considéré, c'est l'opinion à laquelle nous nous arrêtons, réformant en cela la décision que nous avions émise d'une manière trop générale dans notre *Traité des contrats*, tome III, n° 743. Les payements faits de bonne foi au tuteur, avant que les comptes aient été rendus, sont donc valables, sans que ceux qui les ont faits soient tenus de justifier que le mineur en a profité, surtout lorsque la tutelle a pris fin par une de ces causes que les débiteurs ne pouvaient facilement prévoir.

55. L'art. 126 du Code de procédure suppose bien, il est vrai, que les curateurs peuvent avoir à rendre des comptes, et par conséquent qu'ils peuvent recevoir pour ceux qui sont placés sous leur surveillance, puisqu'il autorise les juges à prononcer la contrainte par corps pour reliquats de comptes de tutelle, *curatelle*, etc.; et cependant aucune disposition du Code civil ne donne aux curateurs des mineurs émancipés l'administration des biens de ceux-ci, ni par conséquent le pouvoir de recevoir pour eux : seulement le payement des capitaux n'est valablement fait à un mineur émancipé non commerçant, qu'autant que celui-ci est assisté de son curateur, qui doit en surveiller l'emploi (art. 482) : d'où il suit que les curateurs n'ont pas qualité pour recevoir des payements pour les mineurs placés sous leur curatelle, ainsi qu'ils l'avaient généralement dans le droit romain (2), suivi en ce point dans notre ancienne jurisprudence (3). Leurs fonctions aujourd'hui se bornent à assister les mineurs dans les actes que ceux-ci ont la capacité de faire avec cette assistance, et à surveiller l'emploi des paye-

(1) LL. 12, § 2; 34, § 3; et L. 51, ff. *de solut.*

(2) L. 7, § 2, ff. *de minorib.*; L. 14, § 7, et L. 49, ff. *de solut.* *Voyez* toutefois les conditions que Justinien avait mises aux payements faits aux tuteurs ou aux curateurs pour être parfaitement valables, par sa constitution, qui est la loi *sancimus*, 25, au Code, *de administ. tutor.*, et dont il fait mention dans ses Institutes, tit. *quib. alien. licet vel non*, § 3.

(3) Rousseau de Lacombe, v° *Payement*, n° 6.

ments de capitaux faits à ces mêmes mineurs. Aussi ces derniers n'ont-ils point d'hypothèque sur leurs biens, comme les mineurs non émancipés en ont une sur ceux de leur tuteur. Et quant à la disposition de l'art. 126 du Code de procédure précitée, elle peut fort bien s'expliquer sans même supposer que c'est un vestige de l'ancien droit, ni sans avoir besoin de dire non plus que, dans les premières éditions du Code civil, l'art. 108 portait que le majeur interdit aura son domicile chez son *curateur*, dénomination qui, même dans ces éditions, a toutefois été remplacée, dans l'art. 505, par celle de *tuteur*. Mais on peut dire que d'après le Code criminel de brumaire an IV, encore en vigueur lors de la publication du Code de procédure civile, les condamnés aux fers étaient, pendant la durée de la peine, en état d'interdiction légale, comme sous le Code pénal actuel, ou de 1810, et il leur était pareillement nommé un *curateur* pour gérer et administrer leurs biens; d'où il suit qu'il y avait des comptes de *curatelle* à rendre. De plus, il peut arriver encore aujourd'hui que, de fait, des curateurs de mineurs émancipés aient touché pour ceux-ci, et alors ils ont également à rendre compte.

56. Quant aux curateurs à succession vacante, ils n'ont pas qualité pour recevoir les payements et donner décharge ; ils administrent seulement sous la charge de *faire verser* le numéraire à la caisse des consignations (art. 813). C'est le receveur de cette caisse qui donne le reçu du versement, et le curateur y met son *visa* (1).

57. Les maris, dans les cas exprimés par la loi, et que nous avons expliqués plus haut, sont aussi, quant aux créances de leur femme, au nombre des personnes qui, d'après l'art. 1239, sont autorisées par la loi à recevoir pour le créancier. Il est inutile d'entrer dans de nouveaux détails à cet égard.

58. Les envoyés en possession même provisoire, des biens d'un absent, reçoivent valablement le payement de ce qui était dû à l'absent; car ils administrent ses biens, et sont comptables envers lui en cas qu'il reparaisse ou donne de ses nouvelles (article 125) ; et c'est même contre eux seulement que les créanciers de l'absent ou autres personnes ayant des droits à exercer contre lui, peuvent les exercer (article 134) : par la même raison, les envoyés en possession peuvent-ils poursuivre les débiteurs, et leur donner valable décharge.

Si un payement était fait à celui qui a ensuite obtenu l'envoi en possession des biens de l'absent, il se trouverait ratifié par cet envoi; ce serait comme si celui qui l'a reçu l'avait restitué au débiteur, et que ce dernier l'eût fait derechef à la même personne depuis qu'elle a été envoyée en possession des biens de l'absent.

Si un débiteur de l'absent, des biens duquel l'envoi en possession provisoire n'a pas encore été prononcé, et à l'administration des biens duquel il n'a pas été non plus pourvu en vertu de l'art. 112 du Code civil, veut se libérer, il doit lui faire des offres et lui signifier les actes prescrits par l'art. 1259, au domicile qu'il avait lors de sa disparition; et il peut l'y assigner en validité des offres. Mais il conviendrait, pour prévenir les difficultés, de remplir les formalités prescrites par l'article 69, n° 8, du Code de procédure, à l'égard de ceux qui n'ont ni domicile connu, ni résidence en France.

59. Les syndics d'une faillite poursuivent, sous l'autorisation du juge-commissaire, le payement de ce qui est dû au failli, et en donnent valable décharge (art. 492, Cod. de comm.), Même les simples agents provisoires reçoivent sur leurs seules quittances visées par le commissaire. (Art. 463.)

Et l'on a vu plus haut que le receveur de la régie des domaines reçoit pour le compte des contumaces, pendant la durée du séquestre mis sur leurs biens.

Art. V.

Le débiteur ne peut payer au préjudice des saisies-arrêts ou oppositions.

60. L'article 1242 est ainsi conçu : « Le » payement fait au créancier par le débiteur,

(1) Voyez tome IV, n° 69.

» au préjudice d'une saisie ou opposition, n'est » pas valable à l'égard des saisissants ou op- » posants. Ceux-ci peuvent, suivant leurs droits, » le contraindre à payer de nouveau, sauf, en » ce cas seulement, son recours contre le créan- » cier. »

61. Mais pour que cette disposition soit ap- plicable, il faut premièrement que la créance ait pu être saisie, au moins par celui qui a formé la saisie. Or, d'après l'article 580 du Code de procédure, les traitements et pensions dus par l'État ne peuvent être saisis que pour la portion déterminée par les lois ou par les règlements et ordonnances royaux.

Et d'après l'article suivant, sont insaisissa- bles:

1° Les choses déclarées insaisissables par la loi;

2° Les provisions alimentaires adjugées par justice;

3° Les sommes et objets disponibles, dé- clarées insaisissables par le testateur ou do- nateur;

4° Les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables.

Enfin, l'article 582 porte que les provisions alimentaires ne pourront être saisies que pour cause d'aliments; que les objets mentionnés aux n°s 3 et 4 du précédent article pourront être saisis par des créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, mais en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il déterminera.

62. Il faut en second lieu que la saisie soit fondée et régulière; car, si le débiteur pouvait se prévaloir de la nullité, soit pour défaut de cause, vice de forme, ou défaut d'assignation en validité dans le délai de droit, nul doute que le débiteur, tiers saisi, ne le pût également, si le créancier voulait l'obliger à payer de nou- veau. Il a qualité pour discuter le mérite d'un acte dont on se prévaut contre lui : on ne pour- rait pas le contester, si la saisie n'avait pas de cause, puisque le saisissant serait alors sans droit; et la chose est également vraie dans le cas où la saisie est nulle pour vice de forme, ou pour n'avoir pas été suivie, dans le délai de droit, d'une demande en validité; car l'arti- cle 565 du même Code, porte que, faute de demande en validité, la saisie ou opposition sera nulle, et il ne fait aucune distinction; il ne restreint point au débiteur saisi le droit d'opposer la nullité. Il porte, de plus, que, faute de dénonciation de cette demande au tiers saisi, les payements par lui faits jusqu'à la dénon- ciation seront valables, rendant ainsi la procé- dure commune avec lui. D'ailleurs, s'il était obligé de payer derechef, il aurait une action en répétition contre son créancier, et celui-ci, qui a incontestablement le droit d'opposer la nullité, a intérêt à ce que cette action n'ait pas lieu : le tiers saisi doit donc pouvoir faire valoir ce droit, comme si son créancier lui cédait son action à cet égard (1).

Les payements faits pendant les délais pour dénoncer la saisie au saisi, et l'assigner en va- lidité, et pour dénoncer cette demande au tiers saisi, seraient même valables, si ces dénoncia- tion et assignation n'avaient pas eu lieu dans les délais fixés; car il serait vrai de dire qu'ils ont été faits avant la dénonciation de la de- mande en validité, et l'art. 565 précité n'exige pas autre chose pour qu'ils soient valables, lorsque cette dénonciation n'a pas été faite dans le délai de droit.

63. Mais lorsque le débiteur a fait un paye- ment à son créancier au mépris d'une saisie ou opposition régulière, depuis la dénonciation de la demande en validité faite dans le délai, ou même après le délai, il doit rendre le saisis- sant indemne du préjudice que ce payement peut lui causer, et à cet effet lui payer la somme que ce saisissant aurait touchée de lui sans le payement, soit qu'il n'y eût que cette seule saisie, soit que, plusieurs oppositions existant, il y eût lieu à une distribution de de- niers par contribution; sauf le recours contre le créancier. Tel est le sens de cette disposi- tion de l'article 1242 du Code civil : « Ceux-ci » (les créanciers saisissants ou opposants) peu- » vent, *selon leurs droits*, le contraindre à payer » de nouveau. »

(1) Toullier, 7, nos 32 et 33; Delvincourt, 5. 341.

De là, si la créance saisie est de 1,200 fr., qu'il y ait quatre oppositions de 1,000 francs chacune, toutes, ainsi que les dénonciation et demande en validité, antérieures au payement de ces 1,200 francs que le débiteur a fait au créancier au mépris des saisies, chacun des opposants est en droit d'exiger du débiteur un nouveau payement, qui sera, dans l'espèce, de 300 francs pour chacun, s'il n'y en a aucun qui ait, en vertu d'un privilége, le droit d'être payé de préférence. Mais si l'on suppose que l'un des saisissants, dont la créance d'ailleurs n'a point été éteinte depuis par payement, compensation ou autrement, ne veut pas user du droit de contraindre le débiteur tiers saisi à payer derechef, les trois autres n'auront pas pour cela le droit d'exiger pour eux un nouveau payement intégral des 1,200 francs, mais seulement de 900 francs; car ils n'auraient toujours eu chacun que 300 francs (comme ils les ont dans ce système), si le tiers saisi n'eût pas fait le payement. Mais si la créance de ce saisissant se trouvait éteinte au moment de la distribution, ils pourraient exiger un nouveau payement des 1,200 francs, parce que, dans cette hypothèse, ce serait cette somme qu'ils auraient eue sans le payement, puisque l'opposition de ce créancier se trouverait effacée.

64. Si, au lieu de payer la dette au créancier, le débiteur payait à l'un des saisissants les 1,000 francs pour lesquels celui-ci a saisi, incontestablement il aurait le droit de retenir par devers lui la somme que ce saisissant aurait eue dans la distribution, c'est-à-dire 300 fr.; ou, en d'autres termes, il ne serait tenu de payer derechef aux autres créanciers que 900 francs. Cela ne serait l'objet d'aucun doute dans le cas où il serait subrogé aux droits de ce créancier, mais il faut même le décider ainsi quoiqu'il n'y eût pas de subrogation; car les autres créanciers n'éprouveraient, de cette manière, aucun préjudice du payement dont il s'agit.

Si c'était seulement un payement partiel que le débiteur eût fait à l'un des créanciers saisissants, la somme payée serait imputée sur celle qui devait revenir à ce créancier dans la distribution; et si elle excédait, le débiteur serait tenu de payer de nouveau l'excédant aux autres créanciers saisissants. Ainsi supposez, dans le premier cas, que Primus soit débiteur de 4,000 francs envers Secundus; Tertius et Quartus sont chacun créanciers de Secundus pour 3,000 francs, et ils ont formé opposition entre les mains de Primus. L'un d'eux, Tertius, a reçu de Primus un payement de 1,000 francs : l'on ne doit pas moins, quant à l'opposition de Quartus, considérer Tertius dans la distribution des 4,000 francs comme étant encore créancier de 3,000 francs, et non pas seulement de 2,000 francs; en conséquence, il doit avoir encore 1,000 francs, parce que c'est cette somme qu'il aurait eue, avec les 1,000 qu'il a déjà reçus, si aucun payement ne lui avait été fait. Au lieu que si on ne le considérait, dans la distribution, que comme créancier des 2,000 fr. qui lui restent dus, il ne lui reviendrait d'abord que les deux cinquièmes des 4,000 francs ou 1,800 francs, et ayant déjà reçu 1,000 fr., il ne lui resterait à toucher en définitive que 800 francs, au lieu de 1,000 qui lui reviennent réellement, puisque, créancier dès le principe d'une somme égale à celle qui est due à Quartus, le dividende, qui dans l'espèce est de 4,000 francs, doit donner à chacun 2,000 fr., ainsi qu'il les donne d'après cette manière d'opérer. Le payement des 1,000 francs est réputé non avenu par rapport à Quartus, et voilà tout.

65. Un débiteur de 3,000 francs, entre les mains duquel Paul a formé opposition pour la somme de 1,000 francs, paye à son créancier les autres 2,000 francs, et garde en main le montant de la saisie de Paul, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le mérite de cette saisie. S'il ne survient pas de nouvelles oppositions avant que le débiteur paye au saisissant, il n'y a pas de difficulté : le payement des 2,000 francs fait au créancier ne fait aucun préjudice à ce saisissant; mais s'il en survient, alors le payement lui préjudicie, et il est en droit de le faire considérer comme non avenu (1).

(1) Les saisies-arrêts n'ont pas un effet limité et à concurrence seulement des sommes pour lesquelles elles sont pratiquées. Ainsi le tiers-saisi ne peut être contraint de payer au saisi ce qu'il lui doit au delà de la cause de la

En effet, les nouveaux saisissants concourent avec le premier, et peuvent même le primer, s'ils ont un privilége; car la priorité de saisie, pas plus que la date des titres, ne donne aucune préférence : les seules causes de légitime préférence sont les priviléges et les hypothèques (art. 2094), et, hormis ces causes, tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, qui s'en distribuent le prix par contribution (art. 2093) quand il ne suffit pas à les payer tous. La saisie ne dépouille point le débiteur saisi du droit dans la chose qui fait la matière de sa créance sur le tiers, puisque la cession même qu'il en ferait ne suffirait pas pour en saisir le cessionnaire vis-à-vis des tiers; il faudrait encore pour cela, d'après l'art. 1690, une signification du transport au débiteur, ou une acceptation de ce transport par lui dans un acte authentique. La première saisie n'a donc pas attribué à celui qui l'a faite un droit exclusif à la somme saisie : ce droit ne lui sera acquis que par le payement. Et si, comme dans l'espèce, il survient de nouvelles oppositions, et que les créanciers ne s'accordent pas pour la répartition des deniers à l'amiable; qu'il y ait eu lieu, d'après cela, à une distribution judiciaire (article 656, Code de procéd.), les opposants ne sont investis du droit aux deniers saisis, et chacun pour leur part, que par la clôture du procès-verbal du juge-commissaire et la délivrance des bordereaux; jusque-là d'autres créanciers peuvent former opposition, et doivent être admis à la distribution. Les saisissants postérieurs prenant ainsi leur portion dans les 1,000 francs, que, dans l'hypothèse en question, le tiers saisi a gardés entre ses mains, Paul, premier saisissant, est donc en droit de forcer le tiers saisi à lui payer derechef la somme dont le prive leur concours; sauf à ce tiers saisi à exercer son action en répétition contre son créancier, auquel il a mal à propos fait le payement des 2,000 francs. Tel est le vœu de l'art. 1242 du Code civil, qui regarde comme non valable, *à l'égard des saisissants*, tout payement fait au mépris des saisies.

Mais les saisissants postérieurs au payement peuvent-ils prétendre que ce payement doit être réputé non avenu aussi à leur égard?

On parle dans Denizart, édition de 1771, v° *Transport*, d'un arrêt du 8 mars 1760, comme ayant décidé l'affirmative; mais cet arrêt, ainsi que l'a observé M. Pigeau (1), a sûrement été rendu dans des circonstances particulières, et c'est une remarque qu'il a faite, dit-il, dans la dernière édition de Denizart, donnée par Camus et Bayard, au mot *Cession*, § 11, n° 10; autrement on eût méconnu la règle que les poursuites d'un créancier ne conservent que ses droits : par rapport aux autres saisissants, ces poursuites sont *res inter alios acta, quæ aliis nec nocet, nec prodest.* Le premier saisissant n'a saisi que pour lui, et non pour d'autres, et l'on ne peut pas dire avec quelque raison que le payement fait par le débiteur à son créancier l'a été au *préjudice* de saisies qui n'existaient pas encore. Aussi l'art. 1242 lui-même n'oblige le débiteur qui a fait des payements, à payer de nouveau, qu'envers des saisissants au mépris des oppositions desquels ces payements ont eu lieu : cela suppose donc les oppositions déjà existantes.

Art. VI.

Du Payement fait de bonne foi au simple possesseur de la créance.

66. Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que par la suite le possesseur en soit évincé. (Art. 1240.)

Cet article n'exige point pour cela que celui à qui le payement a été fait fût lui-même de

saisie-arrêt. (Gand, 4 décembre 1837. J. de B. 1838, 80.); Pigeau, 2, 179, n° 670; Troplong, *de la vente*, n°s 926 et 927; Duvergier, *de la vente*, n° 201; Thomine, n° 619. (Paris, 28 mars 1820; Sirey, 23, 47; Dalloz, 28, 181.)

Jugé cependant que la saisie-arrêt ne frappe d'indisponibilité la créance saisie que jusqu'à concurrence des causes de l'opposition; le surplus peut être cédé par le débiteur saisi, et les créanciers qui n'ont formé opposition que postérieurement à la signification du transport, n'ont aucun droit à prétendre sur les sommes cédées. (Cass., 26 février 1834; Paris, 30 mai 1835; Sirey, 35, 1re, 222, et 2e, 385.)

(1) *Procédure civile*, part. V, *de l'exécution des jugements*, titre IV, chap. 1, sect. 2, § 8.

bonne foi. La bonne foi n'est requise que dans celui qui a payé, lequel n'en est pas moins libéré, encore que l'action du véritable créancier contre celui qui a reçu le payement fût inefficace à raison de son insolvabilité.

67. Cette disposition doit toutefois être appliquée avec circonspection. En effet, s'il y avait faute de la part du débiteur, par exemple s'il payait le montant d'une lettre de change ou d'un billet à ordre avant son échéance, il serait responsable de la validité du payement (art. 144 et 187 du Code de comm.), dans le cas où l'effet se trouverait ne pas appartenir à celui à qui il a été payé, parce qu'il lui avait simplement été confié à dépôt ou pour autre cause, ou parce qu'il avait été perdu.

68. Mais, ainsi que nous l'avons dit plus haut, le payement fait de bonne foi, à l'échéance de la lettre de change ou du billet, quoiqu'au porteur d'un faux endossement, libère le débiteur; car celui-ci a dû payer à la personne qui se présentait avec l'effet, en qualité de propriétaire, pour en toucher le montant à l'échéance. S'il n'en était ainsi, la transmission des effets de commerce par la voie de l'endossement serait entravée à chaque pas : le débiteur pourrait se refuser à payer tant que l'endosseur, qui demeure peut-être à plusieurs centaines de lieues de la ville où la lettre de change est payable, ne viendrait pas lui attester que la signature mise à l'endossement est bien la sienne. Il pourrait se refuser à en croire des attestations par lettres, en disant que les lettres peuvent aussi avoir été faites dans la vue de suspendre le payement; en sorte qu'un débiteur se ferait, de craintes réelles ou simulées, un moyen facile de se refuser à remplir ses engagements à l'échéance. La transmission par cette voie, imaginée pour la célérité des opérations commerciales, deviendrait sujette à tant d'entraves et de lenteurs, et donnerait lieu à tant de difficultés, que son utilité serait pour ainsi dire anéantie. Mais il n'en est pas ainsi : le payement fait de bonne foi et à l'échéance est valable, sauf le recours du véritable propriétaire de la lettre de change contre celui qui en a reçu le montant sans droit, et sans préjudice des dispositions pénales contre les faussaires. C'est un malheur pour lui, si c'est par perte que l'effet est sorti de ses mains, et c'est sa faute s'il l'a mal à propos confié à des mains infidèles; mais dans les deux hypothèses, le débiteur qui a payé de bonne foi au porteur de l'effet ne doit pas souffrir de la fraude qui a été commise.

69. Le payement fait à un héritier n'est pas moins valable, quoique cet héritier se soit fait ensuite relever de son acceptation de la succession, en vertu de l'art. 783 du Code civil, sauf à lui à restituer à qui de droit ce qu'il a reçu.

70. Il en est de même du payement fait de bonne foi à l'héritier apparent qui est ensuite évincé de la succession par un parent plus proche (1) ou à un légataire en possession de la succession et évincé ensuite à raison d'un testament postérieur qui révoquait le premier, et dont on ignorait ou même dont simplement le

(1) Bruxelles, 27 juillet 1823. J. de B., 1823, 2, 394. — Les débiteurs d'une succession sont-ils non recevables à contester à celui qui en a la possession légale et paisible, la qualité d'héritier, en vertu de laquelle il poursuit contre eux le payement des créances qui font partie de l'hérédité? (Brux., 17 juillet 1828. J. de B., 28, 2, 294.)

Les créanciers d'une succession peuvent exercer leurs droits et actions contre l'héritier putatif ou apparent, qui, à leur égard, est réputé légitime contradicteur. Il en résulte que si l'héritier apparent est évincé, les créanciers de la succession qui ont obtenu une condamnation à sa charge, ne peuvent être contraints à discuter de nouveau leurs droits contre l'héritier véritable, à l'égard desquels les jugements rendus sans fraude ou collusion avec l'héritier apparent doivent avoir la force de la chose jugée.

Par une corrélation nécessaire, l'on doit admettre que l'héritier évincé ne peut être personnellement tenu à l'exécution des sentences rendues à sa charge en une qualité qu'il a perdue.

Spécialement : Celui qui a été assigné en reddition de compte, en qualité d'héritier universel, par un créancier de la succession, et qui, se considérant comme tenu aux dettes du défunt, a offert de rendre le compte demandé, offre qui a été décrétée par jugement passé en force de chose jugée, peut, s'il a été évincé depuis, soutenir que, n'ayant plus la qualité en laquelle il a été condamné, il ne peut être forcé à exécuter ce jugement? (Brux., 24 juin 1837. J. de B., 1838, 124.)

débiteur ignorait l'existence au moment du payement. Il faudrait même le décider ainsi dans le cas où le légataire ne jouissait de la succession qu'en vertu d'un testament qui a été ensuite annulé pour vice de forme ou autre cause, lorsque c'est cependant à raison de ce testament qu'il s'est mis ou a été mis en possession des biens de l'hérédité.

Bien mieux, il faudrait encore le décider ainsi quoique ce fût un testament supposé et matériellement faux; et cela n'est pas contraire à ce qui a été dit plus haut, que le payement fait à un faux mandataire n'est pas valable (si ce n'est toutefois dans le cas où ce faux mandataire serait en possession du titre par le fait même du créancier, qui le lui avait remis en dépôt, ou pour un autre objet, cas dans lequel, selon nous, les tribunaux pourraient tenir le payement pour valide); car il n'en est pas du possesseur d'une hérédité au moyen d'un faux testament, comme du simple porteur d'un faux acte de procuration, qui n'a pas le titre de la créance entre ses mains. Le premier a en sa possession les titres de l'hérédité, comme un véritable héritier ou institué peut les avoir, et les débiteurs n'ont aucun moyen de se refuser à payer à un individu dont ils ne soupçonnent pas l'illégitimité du titre, lorsque les véritables héritiers le laissent tranquille possesseur de la succession. Au lieu qu'un faux procureur qui n'a pas le titre entre ses mains, doit inspirer par cela même quelque défiance : c'est donc au débiteur à s'assurer de la réalité du pouvoir, et s'il paye sans prendre cette précaution, il doit s'imputer sa témérité et son aveugle confiance. On peut d'ailleurs assimiler celui qui possède une hérédité au moyen d'un faux testament, à celui qui possède sans titre aucun, parce qu'en effet un titre faux n'est pas un titre : or le payement fait de bonne foi à celui qui posséderait une hérédité sans aucun titre, ne serait pas moins valable, encore que le possesseur de l'hérédité, et par cela même de la créance, en fût ensuite évincé : aussi notre article 1240 n'exige-t-il pas, pour que le payement fait de bonne foi soit valable, que le possesseur de la créance soit lui-même de bonne foi; il n'exige cette bonne foi que dans le débiteur. L'on sent, au surplus, que les circonstances du fait influeraient nécessairement sur la décision des tribunaux dans de pareilles questions; ils devraient surtout prendre en considération le plus ou moins de durée qu'avait alors la possession de celui à qui le payement a été fait comme héritier ou légataire, les caractères apparents de cette possession, et les raisons qu'avaient les débiteurs d'y ajouter ou de ne pas y ajouter foi, suivant les rapports qu'ils avaient avec lui; car tout cela rentre aussi dans la question de bonne foi.

Art. VII.

Ce que doit payer le débiteur.

71. Le débiteur doit payer la chose due, et le créancier ne peut être forcé d'en recevoir une autre à la place, quoique la valeur de celle offerte soit égale et même plus grande (art. 1243) (1).

Ainsi, la disposition de la novelle IV, chapitre 3 (2), qui autorisait le débiteur qui n'avait ni argent, ni objets mobiliers pour s'en procurer, à forcer le créancier à recevoir en payement un immeuble sur le pied de l'estimation, à moins que le créancier lui-même ne présentât un acheteur, n'a pas été admise dans notre droit français, ancien et nouveau.

72. Si le créancier, croyant recevoir ce qui lui était dû, avait reçu autre chose, comme le payement ne serait pas valable, il pourrait demander la chose due, en offrant de restituer celle qu'il a reçue. *Si quùm aurum tibi promisissem, tibi ignoranti quasi aurum æs solverim, non liberabor.* L. 50, ff. *de solut.*

73. Toutefois, dans les obligations de faire une chose qui ne peut être faite que par le débiteur, ou qui ne peut l'être du moins avec la même utilité pour le créancier par un tiers, si l'obligation n'est pas exécutée, le créancier est

(1) L. 16, Cod. *de solut.*

(2) Disposition reproduite dans l'authentique *Hoc n'si debitor*, placée sous la loi 16 au Code *de rescindendâ venditione.*

bien obligé de recourir aux dommages-intérêts pour lui tenir lieu de ce qui faisait l'objet de l'obligation. Mais il n'en est pas moins vrai de dire qu'elle n'a pas été remplie comme elle devait l'être, car le créancier n'avait pas stipulé, sous une alternative, cette chose ou les dommages-intérêts, quoiqu'il sût bien qu'il ne pourrait contraindre le débiteur à faire la chose, *quia nemo ad factum præcisè cogi potest*, et que le débiteur sût aussi qu'on ne pourrait l'y forcer, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résolvant en dommages-intérêts en cas d'inexécution (art. 1142), sauf les dispositions des art. 1143 et 1144; mais ces dommages-intérêts n'étaient point *in obligatione*, du moins *principaliter*, ainsi que le sont toutes les choses comprises dans une obligation alternative; ils n'étaient même *in solutione* qu'en raison de la mauvaise foi ou de l'impuissance du débiteur, qui ne voudrait ou ne pourrait remplir son engagement selon sa forme et teneur, et non pas en raison d'une faculté précise stipulée dans le contrat. En sorte que l'obligation ne peut pas même être rangée au nombre de celles dites *facultatives*, obligations dans lesquelles le débiteur a le droit, d'après le contrat même, de payer une somme ou une chose à la place de celle qui fait l'objet de l'engagement.

Il suit de là que l'offre de payer telle somme pour dommages-intérêts n'empêcherait point le créancier de former sa demande, dont le débiteur devrait légalement les frais. Mais si, sur la demande, celui-ci fait offre de payer les dommages-intérêts tels qu'ils seront arbitrés à dire d'experts, la poursuite doit être suspendue, et les frais faits ultérieurement resteraient à la charge du créancier. Quant aux frais de l'expertise, ils doivent être supportés dans tous les cas par le débiteur.

74. Il en est de même dans les obligations de donner lorsque le débiteur a fait périr la chose, ou qu'il déclare ne savoir ce qu'elle est devenue, et que le créancier ne sait où la prendre pour la saisir et se la faire délivrer en nature : dans ces cas aussi ce dernier est bien obligé de recevoir autre chose que ce qui lui était dû, de se contenter des dommages-intérêts, mais c'est *ex necessitate*.

75. Quoique régulièrement le créancier puisse exiger la chose même qui fait la matière de l'obligation, au lieu de se contenter d'une autre à la place, néanmoins le principe souffre aussi quelques modifications dans certains cas, par suite de l'application des règles touchant la compensation : comme lorsqu'il m'est dû par Paul une prestation de vingt hectolitres de froment, payables en tel endroit, dont le prix est fixé par les mercuriales du lieu, et que je dois de mon côté à Paul une somme d'argent : si les deux dettes sont exigibles, la compensation les éteindra réciproquement jusqu'à concurrence de la plus faible (art. 1290 et 1291); en sorte que je n'aurais pas le droit d'exiger les vingt hectolitres de grain, ni Paul la somme qui lui était due, quoique j'offrisse de lui payer la somme, ou lui de me payer le grain. La loi elle-même a éteint les deux dettes, même à notre insu, parce que les prestations en denrées dont le prix est fixé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles, ces denrées étant assimilées à des sommes. La compensation s'étant opérée de plein droit, ce serait donc faire revivre les deux dettes, si je pouvais exiger les vingt hectolitres de grain, ou Paul la somme qui lui était due; or, c'est ce qui ne doit pas avoir lieu contre le gré de l'une des parties.

76. La loi 57, ff. *de solut.*, porte que lorsqu'une somme de dix écus a été stipulée payable en miel : *Si quis stipulatus fuerit decem in melle*, le débiteur, à la vérité, peut bien payer en miel tant qu'il n'a pas été prévenu par l'action du créancier (parce que l'obligation est du nombre de celles qu'on nomme *facultatives*), mais dès que le créancier a agi en payement de la somme, le débiteur ne peut plus le forcer à recevoir le miel.

Cette décision ne serait pas suivie chez nous (1) : elle tenait, dans le droit romain, à ce que la litiscontestation opérait une sorte de novation de l'obligation primitive, en en transformant l'objet en ce qui était demandé : et le créancier avait pu demander la somme, et même

(1) C'est aussi l'opinion de Pothier, *des obligations*, n° 532.

n'avait pu demander que cela, puisque la somme seule était *in obligatione*, et le miel seulement *in facultate solutionis*.

77. Le débiteur peut même, dans certains cas, en vertu d'une disposition particulière de la loi, se libérer, par l'offre d'une somme, de l'action qui est exercée contre lui pour un autre objet. C'est ainsi que le défendeur à l'action en rescision d'un contrat de vente d'immeubles, pour lésion de plus des sept douzièmes dans le prix, peut arrêter le cours de la demande et retenir l'immeuble, en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total (art. 1681). Ici l'objet de l'action était cependant la rescision du contrat, pour obtenir la restitution de l'immeuble, moyennant le remboursement du prix convenu, s'il avait déjà été payé.

Il en est de même du défendeur à l'action en rescision d'un partage pour cause de lésion de plus du quart : il peut arrêter le cours de l'action, et empêcher ainsi qu'il y ait lieu à un nouveau partage, en offrant au demandeur un supplément de lot, soit *en numéraire*, soit en nature. (Art. 891.)

78. Lorsque le créancier consent à recevoir une chose à la place de ce qui lui est dû, il importe beaucoup, surtout s'il en est ensuite évincé, de voir ce qu'ont entendu faire les parties par cette nouvelle convention : si c'est une vente ou une simple dation en payement; c'est ce que nous allons examiner dans l'article suivant.

Art. VIII.

De la dation en payement.

79. La dation en payement est un acte par lequel un débiteur livre une chose à son créancier, à la place et en payement d'une somme ou de quelque autre chose qu'il lui doit, et que celui-ci veut bien recevoir (*), ce qui suppose par conséquent une convention postérieure au contrat, puisque si c'était en vertu du contrat lui-même que le débiteur offrît cette chose, le créancier serait obligé de la recevoir.

(*) Pothier, *contrat de vente*, n° 601.

80. Cet acte, sans être toutefois une vente ou un échange proprement dits, a néanmoins beaucoup d'affinité avec la vente ou l'échange.

Avec la vente, dans le cas où la dette est d'une somme d'argent, et que le débiteur livre, à la place, un fonds ou un meuble, n'importe; ou bien encore, lorsque la dette étant d'un immeuble ou d'un objet mobilier, le débiteur paye au créancier une somme d'argent à la place : seulement, dans la première hypothèse, il est considéré comme vendeur, et, dans la seconde, comme acheteur.

Avec l'échange, lorsque la chose due n'est point de l'argent, mais un immeuble ou un objet mobilier, tel qu'un cheval, et que ce qui est donné en payement n'est point non plus de l'argent.

Cette première distinction résulte assez clairement des différents textes du droit romain sur ce point, et elle a de l'importance dans le cas où le créancier est ensuite évincé de la chose, ainsi qu'on le verra bientôt.

81. Dans le cas même où c'est en payement d'une dette de numéraire qu'une chose est livrée au créancier par le débiteur pour la libération de celui-ci, il importe, suivant la doctrine des auteurs, de faire une autre distinction, afin de savoir si c'est une vente proprement dite qui a eu lieu, ou bien si c'est seulement une simple dation en payement; car, quoique la dation en payement ait beaucoup de rapport avec la vente, lorsque c'est en payement d'une dette de somme que le débiteur livre une chose à son créancier, néanmoins les effets de l'un et de l'autre actes sont différents en plusieurs points, qui seront bientôt expliqués.

« Il y a vente, dit Pothier à l'endroit ci-dessus cité, lorsqu'un débiteur convient avec » son créancier qu'il lui vend une certaine chose » pour la somme de tant, qui viendra en compensation de celle qu'il lui doit; et dation en » payement, lorsqu'il est dit que le débiteur » donne à son créancier une telle chose en » payement d'une telle somme qu'il lui doit. »

La première de ces décisions n'est pas douteuse, lorsque l'acte s'explique aussi clairement; mais il n'en est pas toujours ainsi : ce n'est pas toujours que le débiteur y déclare *vendre une*

certaine chose pour la somme de tant, qui viendra en compensation de ce qu'il doit : l'expression *vend, vendre,* peut ne s'y pas trouver. Suivant Cujas, il y a seulement à examiner si la chose donnée en payement a été estimée ou non dans l'acte. Lorsque le débiteur a déclaré sa valeur dans l'acte, cette estimation vaut vente, elle opère une vente, soit qu'elle fût égale au montant de la dette, soit qu'elle fût supérieure ou inférieure ; et quand bien même il ne serait pas dit expressément que le prix de cette estimation viendra en compensation de la dette, en tout ou partie, cela serait nécessairement sous-entendu, puisque c'est pour éteindre la dette en tout ou partie que la chose est livrée au créancier. Cujas s'exprime ainsi au livre 19 de ses *Observations,* chap. 38 : *Non tantùm emptori datur actio de evictione, sed etiam ei qui* PRO PECUNIA *creditâ, vel pro pretio certo vel incerto rei venalis, rem æstimatam in solutum accepit,* QUIA ÆSTIMATIO SIMILIS EST EMPTIONI ; *et ut creditor qui pro pecuniâ rem æstimatam accepit, pro emptore habetur, itâ venditor qui pro pretio rem æstimatam accepit, idem etiam pro emptore habetur; et utrique re evictâ datur utilis actio ex empto in eum à quo rem accepit pro soluto in quantitatem debiti, vel ejus quod interest.* L. 4, Cod. *de evictionib.* L. 24, ff. *de pignorat. act.* L. 1, Cod. *de rerum permut.*

Cela posé, voyons maintenant les différences qu'il peut y avoir, dans les effets, entre la dation en payement et la vente.

Si, lorsque je croyais vous devoir une somme que je ne vous devais pas, je vous livre un objet pour la somme de tant, qui viendra en payement de celle que je crois vous devoir, je ne puis, ayant découvert mon erreur, répéter la chose, mais bien seulement réclamer le prix que, par suite de cette erreur, j'ai compensé avec la somme que je ne devais pas. C'est ce prix qui m'est dû, et pour lequel j'ai l'action *venditi;* et, de votre côté, vous ne pourriez pas non plus, pour écarter mon action en répétition de la somme, m'offrir de me restituer la chose : puisqu'il y a une vente entre nous, elle doit produire ses effets.

Mais si, au contraire, je vous ai simplement donné la chose en payement, si c'est une dation en payement proprement dite, et non une vente, je puis répéter la chose même, et je ne puis répéter que cela. L'action que j'ai contre vous, dans ce cas, n'est pas l'action *venditi,* mais l'action appelée, en droit, *condictio indebiti per errorem soluti,* ou *condictio sine causâ,* actions par lesquelles on répète ce qu'on a payé mal à propos. Or, c'est la chose elle-même, que j'ai payée mal à propos ; je dois donc pouvoir la répéter. Aussi vous ne vous libéreriez pas en m'offrant de me compter la somme pour laquelle je vous ai donné la chose en payement.

Bien mieux, lors même que j'aurais réellement été votre débiteur, si je ne l'eusse été que d'une somme inférieure à celle pour laquelle je vous ai donné la chose en payement, je pourrais encore répéter la chose elle-même, en offrant toutefois de vous payer la somme que je vous devais. Telle est la décision de la loi 26, § 4, ff. *de condict. indeb.,* fondée sur ce que je n'aurais pas donné, peut-être même avec un retour, cette chose en payement si je n'avais pas été dans l'erreur quant à la somme que je devais, et sur ce que je ne puis être contraint à me trouver en communauté malgré moi. C'est aussi la décision de Dumoulin, *de usuris, quest.* 14, n° 182, et de Pothier, *contrat de vente*, n° 603.

Le premier de ces auteurs excepte toutefois le cas où le débiteur avait, lors du payement, exposé la chose en vente, et que le créancier aime mieux la garder et payer la partie de la somme qui n'était pas due. Pothier n'adopte ni ne combat cette restriction, mais nous ne saurions y souscrire ; le jurisconsulte romain ne l'a point faite, parce qu'en effet mille circonstances peuvent faire que l'on ne vende pas une chose, quoique l'on se soit proposé dans un temps de la vendre. Nous en apportons toutefois une autre, que nous croyons mieux fondée, du moins en équité : nous pensons que si la différence entre la somme due et celle que le débiteur croyait devoir, était peu considérable, les tribunaux ne devraient pas, si le créancier était d'ailleurs de bonne foi, prononcer la résiliation de l'acte, sur la demande du débiteur, mais bien seulement condamner le créancier à payer la différence ou à souffrir la communauté, à son choix. Si le créancier ne voulait point de la communauté, il pourrait restituer la chose, à la charge encore pour le débiteur de lui payer

de suite la somme qui était réellement due, et de lui rembourser une partie des frais et loyaux coûts d'un acte d'acquisition qui se trouve maintenant anéanti dans un cas où les deux parties ont à se reprocher leur erreur. Mais si le créancier était de mauvaise foi, il devrait supporter seul la perte de ses frais et des droits auxquels l'acte a donné lieu.

Outre cette première différence entre l'acte qui doit être réputé vente, et celui qui doit être réputé dation en payement, Pothier en signalait d'autres qui aujourd'hui ne seraient pas réelles. Il disait que le contrat de vente est parfait par le seul consentement des parties, et avant aucune tradition, ce qui était vrai de son temps comme aujourd'hui; mais que la dation en payement ne se fait que par la tradition, et même par la translation de la propriété de la chose donnée en payement: d'où il concluait que celui qui vend de bonne foi une chose dont il se croit le maître n'étant pas obligé d'en rendre l'acheteur propriétaire, mais seulement de l'en faire jouir librement, de lui prêter son appui en cas de revendication de la part d'un tiers, et enfin de lui payer les dommages-intérêts en cas d'éviction, l'acheteur, tant qu'il n'est pas troublé dans sa possession, ne peut pas prétendre que le vendeur n'a pas rempli ses obligations, quand bien même il aurait acquis la preuve que la chose n'appartient pas au vendeur; et c'est en effet ce que décidait la loi 30, § 1, ff. *de act. empti.* Au lieu que dans la dation en payement, continuait Pothier, comme le débiteur doit rendre le créancier propriétaire de la chose livrée, et que *non videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt* (1), si le créancier vient à découvrir que son débiteur n'était pas propriétaire de la chose qu'il lui a donnée en payement sans le consentement du maître de cette chose, et par conséquent qu'il ne lui en a pas transféré la propriété, il peut, quoiqu'il n'ait encore souffert aucun trouble de la part du véritable propriétaire, demander au débiteur la somme qui lui est due, en offrant de lui restituer la chose reçue en payement, parce qu'un tel payement étant nul, il n'a pu le libérer.

(1) L. 167, ff. *de regul. juris.*

Tout cela était constant dans les anciens principes, mais aujourd'hui ces différences entre les deux actes n'existent plus. D'abord, aujourd'hui la dation en payement se forme aussi par le seul consentement, comme la vente, et sans qu'il soit besoin d'aucune tradition, parce que la propriété elle-même est transférée par le seul consentement (art. 711 et 1138), sauf ce qui concerne les donations entre-vifs de biens présents susceptibles d'hypothèque, dans lesquelles la transcription est nécessaire pour que le donataire puisse se prétendre propriétaire à l'égard des tiers (art. 939 et 941 combinés); sauf aussi, et de même à l'égard des tiers, ce qui est établi par l'article 1141 pour les choses purement mobilières, et sauf enfin quelques autres exceptions, relatives à la cession des créances et aux choses indéterminées, ainsi que nous l'avons expliqué au tome V, chap. 3, sect. 2, § 2. En second lieu, nous pensons qu'actuellement, suivant l'art. 1599, et suivant ce qui a été démontré au même endroit d'après une jurisprudence qui paraît fixée, dans la vente aussi le vendeur est obligé, par la nature même du contrat, de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, et en conséquence que quoiqu'il fût de bonne foi, s'il a livré la chose d'autrui sans le consentement du propriétaire, l'acheteur peut, même avant d'être troublé, demander la résiliation du contrat, comme un créancier, dans le même cas, pourrait demander la résiliation de la dation en payement.

82. Au surplus, nous le répétons, la doctrine de Pothier sur ce point était exacte au temps où il écrivait, mais elle cessait toutefois de l'être quand cet auteur ajoutait que « dans » le cas de dation en payement, le créancier, » outre cette action *utilis ex empto*, a aussi, en » cas d'éviction de la chose qui lui a été donnée » en payement, l'action qui naît de sa créance, » de laquelle le débiteur n'a pu être libéré par » un payement qui se trouve inefficace. L. 98, » ff. *de solut.* Mais l'action *utilis ex empto* est » plus avantageuse, parce qu'elle comprend » les dommages-intérêts, *si quid suprà in-* » *tersit.* »

Cette action peut sans doute être plus avan-

tageuse sous ce rapport, mais elle peut l'être moins sous d'autres, puisque celle de la créance pouvait être avec privilége, hypothèque ou cautionnement, tandis que celle de la vente *utilis* peut être privée de ces sûretés ; et c'est même ce qui donne lieu à la question de savoir si le créancier évincé a encore l'action de l'ancienne créance, ou bien seulement celle de la vente *utilis*, question qui serait sans intérêt, si, comme le dit Pothier, il avait l'une et l'autre (1).

La loi 98, *princip.* ff. *de solut.*, citée par lui, statue sur le cas où quelqu'un ayant constitué une dot à sa fille sur quelques-uns des biens qu'il avait auparavant hypothéqués à un tiers, ayant ensuite livré au mari les objets affectés de la constitution dotale, celui-ci en a ensuite été évincé par le créancier, à raison de l'hypothèque qu'il avait reçue. Le jurisconsulte Paul dit, avec raison, que le mari peut agir en vertu de la promesse de dot, comme il le pourrait si on lui avait livré un *statuliber* (2), ou une chose léguée sous une condition, et dont il se trouverait évincé par suite de l'accomplissement de la condition; parce qu'en effet le payement n'opère l'extinction de l'obligation qu'autant que le créancier conserve la chose payée.

Pomponius décide absolument de la même manière dans la loi 20 au même titre, ainsi que Julien dans la loi 33; mais aucun de ces deux jurisconsultes ne parle de l'action *venditi utilis*, et il faut même remarquer que dans ces divers textes, c'était la chose promise qui avait été livrée au créancier; en sorte que c'est à tort que Pothier cite celui de la L. 98, ff. *de solut.*, à l'appui de sa décision ; que dans le cas de dation en payement, le créancier évincé a, outre l'action *ex empto utilis*, celle de l'obligation primitive, s'il la trouve plus avantageuse; car il ne s'agit point dans cette loi d'une dation en payement, il n'y a lieu qu'à l'action née de l'obligation primitive.

A la vérité, les lois 24, *princip.*, ff. *de pignorat. act.*, et 4, au Code *de evictionibus*, citées aussi par Pothier, donnent formellement au créancier, dans le cas d'une dation ou abandon en payement, l'action *ex vendito utilis*, et nous tombons parfaitement d'accord qu'il a en effet cette action ; mais ces lois ne lui donnent pas en même temps celle née de l'obligation primitive, qui pourrait cependant lui être plus avantageuse, à cause des sûretés qui y étaient attachées, quoique d'ailleurs l'action *ex empto* pût être plus étendue à raison des dommages-intérêts qui pourraient être dus au créancier évincé. Au contraire, Ulpien, dans la première de ces lois, considère l'acte par lequel la chose hypothéquée a été adjugée au créancier en payement de sa créance, comme ayant opéré l'extinction de cette même créance : *Et videtur finita esse pignoris obligatio, et à contractu recessum.* Et il ajoute : *Imò utilis ex empto accommodata est, quemadmodùm si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit.* Ainsi Ulpien ne suppose pas que les deux actions existent, mais seulement celle *ex empto utilis.* La loi 4, au Code *de evict.*, statue sur un cas analogue, et porte la même décision. Dans celui de la loi 46, ff. *de solut.* déjà citée, et qui paraît opposée, en ce qu'elle conserve au créancier l'action née du contrat, quoiqu'il s'agisse bien dans cette loi d'une dation en payement, il y a une circonstance particulière qui fait disparaître l'opposition : c'est que l'acte a plus de rapport avec l'échange qu'avec la vente, car c'était *rem pro aliâ* qui avait été donnée en payement, et il n'y avait échange qu'autant que la propriété était transférée. D'ailleurs le jurisconsulte Marcien, dans ce texte, ne reconnaît pas au créancier l'une ou l'autre action, à son choix il ne parle que de l'ancienne seulement. Dans l'espèce, le débiteur d'un corps certain a livré au créancier, qui a bien voulu la recevoir, une chose, à la place de celle qui lui était due : *si quis aliam rem pro aliâ volenti solverit;* et le créancier a ensuite été évincé par un tiers. Le

(1) Renusson, dans son *Traité de la subrogation*, chap. 5, nos 21 et suivants, dit pareillement que le créancier qui a été évincé de la chose que le débiteur lui a donnée en payement, a l'ancienne action *ex empto utilis*, afin de pouvoir, par cette dernière, obtenir ses dommages-intérêts, s'il lui en est dû. Il cite à ce sujet les différents textes du droit romain sur ce point; mais il a tort d'en conclure que le créancier avait l'*une et l'autre actions*, cela eût été contraire à la pureté des principes du droit romain.

(2) Un affranchi sous certaine charge.

jurisconsulte dit que l'obligation n'a pas été éteinte : *pristina manet obligatio;* qu'elle ne le serait même pas, quoique le créancier n'eût été évincé que d'une partie seulement de cette chose, *nam non accepisset re integrâ creditor, nisi pro solido ejus fieret.*

Mais si, dans ce cas, la première obligation ne se trouve pas éteinte par la dation en payement, à cause de l'éviction, c'est parce qu'en effet le jurisconsulte ne devait pas voir une vente dans une chose donnée à la place d'une autre, la vente consistant dans la promesse de livrer une chose pour un prix en argent. Cette opération avait donc beaucoup plus de rapport avec celle de l'échange ou permutation (1); or, il n'y a permutation valable que lorsque chacune des parties rend l'autre propriétaire de l'objet qu'elle lui livre (2); par conséquent point d'extinction de la première obligation, la dation en payement étant sans effet dès qu'il y a eu éviction. Au lieu qu'il y avait vente valable, quoique le vendeur eût vendu et livré la chose d'autrui (3), ce qui, même dans le cas où le créancier était ensuite évincé de la chose à lui donnée en payement, suffisait pour que l'obligation première fût éteinte, et remplacée par celle qui résultait de la dation en payement, puisque cette dation était, sous ce rapport, assimilée à une vente, et produisait en conséquence l'action *ex empto utilis* au profit de l'acheteur évincé (4). Telle est la décision des lois 24, ff. *de pignor. act.*, et 4 au Code, *de evict.* précitées.

Quoi qu'il en soit, dans aucun de ces textes, l'on ne voit concourir, au profit du créancier, les deux actions; et en disant que l'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé, l'article 2038 du Code civil est une preuve que l'on a vu aussi, dans notre droit, une extinction de l'obligation par cette dation en payement; sauf au créancier l'action en garantie pour achat, et résultant de l'éviction, comme dans ces deux dernières lois romaines. Les rédacteurs du Code ont ainsi rejeté l'opinion de Renusson (5), qui décidait, avec plusieurs auteurs cités par lui, que la caution est encore obligée, même dans le cas où le créancier a reçu purement et simplement la chose en payement, sans exiger l'accession de cette caution au nouvel engagement du débiteur touchant la garantie. La considération qu'il eût été trop dur que la caution pût être poursuivie après un long temps, lorsqu'elle aurait cru sa décharge opérée par cet acte, n'eût pas été suffisante assurément pour la faire tenir comme libérée, puisqu'elle eût pu forcer le débiteur à lui rapporter sa décharge, dans le cas et aux époques déterminés par l'article 2032. La véritable raison c'est qu'on a vu une extinction de la dette par cette dation en payement, quoique le créancier fût ensuite évincé de la chose, attendu que, bien que la novation ne se présume pas, et que la volonté de l'opérer doive résulter clairement de l'acte (article 1273), néanmoins elle a lieu dans ce cas, l'intention des parties aux fins de l'opérer paraissant évidente. On ne doit pas croire, en effet, que le créancier a entendu conserver pour ainsi dire indéfiniment son ancienne action, avec les hypothèques, priviléges et cautionnement qui y étaient attachés, pour le cas, si incertain, d'éviction : on doit penser, au contraire, qu'il a entendu se contenter, à la place de la chose à lui livrée, de l'action éventuelle de garantie, le cas échéant.

Mais comme il y a, selon nous, novation, il

(1) L. 5, § 1, ff. *de prescrip. verb. et in rem act.* Nous disons, *avait beaucoup plus de rapport avec celle de la permutation*, car ce n'était point une permutation proprement dite, mais fictive, le débiteur étant encore propriétaire de la chose due au moment où s'effectuait la seconde convention, et étant seulement *supposé* l'avoir livrée au créancier, et celui-ci la lui avoir rendue pour celle qu'il a reçue.

(2) L. 1, ff. *de permut.*

(3) *Ibid.* et L. 25, § 1, ff. *de contrah. empt.*, et L. 30, § 1, ff. *de act. empti*

(4) Cujas, à l'endroit cité plus haut, explique la chose comme nous; il dit que lorsque l'opération a plus de rapport avec l'échange qu'avec la vente, parce que c'est *rem pro aliâ re* qui a été donnée au payement, le créancier, en cas d'éviction, a son ancienne action pour demander la chose due, ou ses dommages-intérêts; mais qu'il n'a que l'action *utilis ex empto*, en cas d'éviction, lorsque l'opération a plus de rapport avec la vente qu'avec l'échange.

(5) Traité *de la subrogation*, chap. 5, nº 40.

ne faut point douter que si le créancier n'avait voulu recevoir la chose que sous la condition que la caution accéderait à l'obligation du débiteur relativement à la garantie, cette caution ne fût déchargée de son cautionnement qu'autant qu'elle remplirait cette condition; car, dans la novation faite entre le débiteur ou l'un des débiteurs solidaires et le créancier, sous la réserve de l'accession des cautions ou des codébiteurs, l'ancienne créance subsiste, si les cautions ou les codébiteurs refusent d'accéder au nouvel engagement (art. 1281). Il faudrait encore décider la même chose dans le cas où le créancier ne voulant faire qu'une novation conditionnelle avec le débiteur, en recevant de lui la chose en payement, réserverait, en cas d'éviction, tous ses droits résultant de l'obligation primitive, aussi bien contre la caution que contre lui, sans même exiger d'elle une accession spéciale par un nouvel acte; et cela, quoiqu'elle n'eût point figuré dans celui de dation en payement. Dans ce cas, nous sommes parfaitement de l'avis de Renusson, parce que l'acte ne doit produire que les seuls effets que les parties ont entendu lui attribuer, sauf à la caution à poursuivre le débiteur pour lui rapporter sa décharge, s'il y a lieu. Mais si le créancier, tout en réservant son action première en cas d'éviction, n'a point exigé que la caution accédât par un acte exprès au nouvel engagement, ou du moins réservé ses droits primitifs contre elle, alors elle est libérée; il y a lieu pour elle d'invoquer l'art. 2038, parce qu'il est à croire que le créancier s'est contenté de l'engagement du débiteur, et que celui-ci, tenu de rapporter à la caution sa décharge à l'échéance de la dette, n'a pas entendu qu'elle restât plus longtemps obligée. Si le créancier lui-même l'eût voulu, il lui eût été facile de faire ses réserves à cet égard. A plus forte raison en est-il ainsi lorsqu'il a reçu purement et simplement la chose en payement; la caution a dû se croire alors pleinement libérée; elle a dû voir une novation opérée entre les parties et ne point solliciter du débiteur la décharge de son cautionnement.

Art. IX.

Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette même divisible.

83. Le créancier ayant intérêt à recevoir tout à la fois le montant de la dette, avec lequel il pourra faire ses affaires ou un placement avantageux, plutôt que de recevoir plusieurs petites sommes en différents temps, qu'il pourrait dépenser imperceptiblement à mesure qu'il les recevrait, le Code établit en principe que « le » débiteur ne peut forcer le créancier à rece- » voir en partie le payement d'une dette même » divisible. » (Art. 1244.)

Cet article ajoute toutefois que « les juges » peuvent néanmoins, en considération de la » position du débiteur, et en usant de ce pou- » voir avec une grande réserve, accorder des » délais modérés pour le payement, et surseoir » l'exécution des poursuites, toutes choses de- » meurant en état. » Nous expliquerons tout à l'heure cette disposition.

84. Du reste le principe lui-même n'est point applicable aux héritiers du débiteur, lesquels, au contraire, ne doivent chacun que leur part dans les dettes divisibles (art. 1220); par conséquent chacun d'eux peut payer la sienne, et en faire des offres au créancier, s'il se refuse à la recevoir.

85. Il n'est point applicable non plus au débiteur lui-même dans le cas où il s'agit de compensation; la dette la plus forte est éteinte, et de plein droit, jusqu'à concurrence de la plus faible, lorsqu'elles sont l'une et l'autre d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de choses fongibles (c'est-à-dire de la même espèce), et qu'elles sont également liquides et exigibles (art. 1290 et 1291). La loi fait dans ce cas un payement partiel que le débiteur ne pourrait faire malgré le créancier; mais la raison en est simple : si celui-ci pouvait se faire payer aussi de la partie de sa créance correspondante à la dette, il serait aussitôt obligé à la restituer à son créancier; or, la loi évite par la compensation ces traditions inutiles.

86. Enfin, si la convention porte que la somme ou la quantité de la chose promise sera payable, par exemple en trois payements, d'année en année, il y a en quelque sorte autant de dettes que de payements à faire; et, dans ce cas, les payements sont égaux, à moins de convention contraire, sans préjudice du droit qu'a le débiteur, d'en faire plusieurs à la fois, si bon lui semble, en les faisant toutefois chacun entier. La prescription commencerait son cours pour chaque partie de la dette, à compter du jour de son échéance.

Il y aurait également trois payements à faire, s'il était dit que la dette sera payable *en* trois années ou *en* trois mois; et le premier devrait être fait au bout d'un an ou d'un mois depuis la convention, et ainsi de suite; car ces expressions, EN *trois années*, EN *trois mois*, indiqueraient un nombre de payements à faire, d'après le nombre d'années ou de mois; il y aurait relation. Ces mots *payable* EN *trois années* établissent des *annuités* et répondent aux mots *annua, bima, trima die*, des lois romaines (1).

Mais s'il était dit DANS *trois annés*, DANS *trois mois*, il n'y aurait qu'un simple payement à faire, parce que cette expression *dans* trois années, *dans* trois mois, n'indiquerait qu'un seul trait de temps pour un seul terme. *En* répond à la question EN *combien de temps? dans* répond à la question *quand?* La première expression exprime donc une continuité d'actions qui se rapportent à la durée du temps; et la seconde à une action unique. Cette continuité d'actions en suppose donc plusieurs; par conséquent ces mots *payable en trois années*, expriment trois payements à faire.

Si l'acte portait que le payement sera fait en deux lieux différents unis par une conjonctive, comme s'il était dit: *Je payerai à Paris à mon domicile, et à Lyon chez tel banquier*, la clause renfermerait implicitement que le payement sera fait par moitié dans chacun desdits lieux. Mais s'il était dit: *Je payerai à Paris ou à Lyon*, le créancier ne serait tenu de recevoir qu'en un seul payement, dans le lieu que je choisirais. Pothier, n° 536.

(1) Au sujet du legs de la dot constituée en argent, fait par le mari à sa femme, *voyez* au Digeste le titre *de dote prælegatâ*.

87. Le principe que le créancier ne peut être forcé, à moins de convention contraire, à recevoir le payement d'une dette même divisible, est applicable aussi aux diverses cautions qui ont cautionné la même dette quoiqu'elles n'aient point renoncé au bénéfice de division. Tant que le créancier ne les poursuit pas pour solder la dette, aucune d'elles ne peut l'obliger à en recevoir le payement pour partie, quoique cette partie fût égale à celle qu'elle aurait à supporter par rapport aux autres cautions; car le bénéfice de division n'opère pas de plein droit la division de la dette entre les cofidéjusseurs: ce n'est qu'une exception pour faire prononcer cette division; or cette exception ne peut être invoquée que contre une *demande*, c'est-à-dire, dans l'espèce, sur la poursuite en payement dirigée contre celui qui veut user du bénéfice. La dette, jusqu'à ce qu'il soit invoqué, demeure donc entière à l'égard de chacune des cautions comme à l'égard du débiteur lui-même, et par conséquent la sommation que la caution non poursuivie ferait au créancier de recevoir sa part, s'il n'aime mieux la décharger, ne serait point fondée, quelque temps qu'il y eût que cette caution se fût obligée, et encore que la dette fût devenue exigible, attendu que ce n'est que contre le débiteur qu'elle a cautionné, qu'une caution a une action, l'action *mandati*, pour qu'il lui procure sa décharge, et rien n'oblige le créancier à poursuivre le débiteur, quoique le terme de la dette soit échu: seulement, dans ce cas, la caution peut agir contre ce dernier pour se faire décharger (art. 2032). Vainement, dit Pothier, qui décide la même chose dans son *Traité des obligations*, n° 535, vainement la caution alléguerait que le débiteur principal et les cofidéjusseurs, quoique encore solvables, commencent à dissiper leurs biens, et qu'elle ne doit pas souffrir de la négligence du créancier à les poursuivre: cette caution n'a d'autre ressource (tant qu'elle n'est pas elle-même poursuivie) que de payer toute la dette, et de se faire subroger aux droits et actions du créancier, ainsi que l'enseigne Dumoulin, *Tract. de divid. et ind.*, part. 2, n°s 54 *et seq.*

Mais aujourd'hui la caution qui a payé la dette est subrogée de plein droit aux actions

du créancier contre le débiteur (article 2029); et elle a aussi un recours de plein droit contre ses cofidéjusseurs. (Article 2033).

De plus, aujourd'hui aussi la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. (Article 2037.)

Dumoulin décidait même que, bien que l'obligation des fidéjusseurs eût été divisée de plein droit, *puta*, si trois personnes s'étaient rendues cautions chacune pour un tiers de la dette d'une quatrième; Dumoulin, disons-nous, décidait aussi dans ce cas qu'aucune des cautions non encore poursuivies par le créancier, ne peut le forcer à recevoir le payement de son tiers, parce que, disait-il, l'obligation des cautions ne doit pas donner indirectement atteinte à l'obligation principale, et la rendre payable par parties avant qu'elle soit divisée. Mais Pothier rejette avec raison cette décision, attendu que chaque caution doit pouvoir offrir ce qu'elle a cautionné : or elle n'a cautionné, dans l'espèce, qu'un tiers de la dette.

Pothier pense même que le débiteur, qui, dit-il, ne pourrait en son nom payer pour partie, pourrait cependant payer pour l'une des cautions le tiers qu'elle doit, parce qu'il a intérêt à la décharge de son cautionnement, afin d'éviter une action en indemnité. Du reste, Dumoulin, *ibid.*, n° 50, convient que c'est le sentiment commun des docteurs, quoiqu'il soit d'un avis contraire; mais on peut répondre victorieusement à son raisonnement, en disant que c'est le créancier lui-même qui, par rapport aux cautions, a divisé la dette; il n'a donc pas à se plaindre.

88. Quant à la faculté laissée au juge d'accorder des délais modérés au débiteur, en considération de sa position, toutes demeurant en état, va-t-elle jusqu'à pouvoir diviser la dette en plusieurs payements, nonobstant l'opposition du créancier qui déclare ne vouloir en recevoir qu'un seul, au terme que fixera le tribunal, alléguant à cet effet que des payements partiels auraient pour lui les inconvénients que la loi elle-même a prévus, et que le débiteur peut tout aussi bien que lui mettre en réserve ou faire valoir, comme il l'entendra, la somme qui servirait à faire ces payements? Car les intérêts cesseraient en proportion de la partie payée, et cependant il pourrait fort bien ne pas convenir au créancier de faire le placement d'une faible somme.

Pothier dit sur ce point que la règle, que le créancier ne peut être obligé à recevoir par parties ce qui lui est dû tant que la dette n'est pas divisée, reçoit exception lorsqu'il y a clause au contrat que la somme due sera divisée en un certain nombre de payements, *ou lorsqu'en considération de la pauvreté du débiteur, le juge l'a ainsi ordonné par un jugement de condamnation.*

La discussion qui a eu lieu sur l'art. 1244 ne présente pas de solution bien positive sur la question envisagée sous le Code.

Le consul Cambacérès demanda d'abord si cet article autoriserait le juge à prononcer la division du payement, même dans les cas où il y aurait une stipulation contraire; et il pensait que ce serait donner trop de pouvoir aux tribunaux.

M. Regnault de Saint-Jean-d'Angely observa que plus la loi laisse de latitude aux tribunaux pour modifier les conventions, moins il existe de crédit.

M. Bigot-Préameneu dit qu'il n'a pas été dans l'intention de la section de donner à la disposition l'étendue dont a parlé M. Cambacérès; qu'au surplus le projet présenté offre des changements très-favorables aux créanciers, telle, par exemple, la disposition qui déclare le débiteur en demeure par le seul effet de la convention, et sans qu'il soit besoin de l'y mettre par un acte judiciaire; qu'ainsi le projet n'aura pas l'effet d'affaiblir le crédit.

Le consul Cambacérès, répliquant, dit qu'au surplus l'article pouvait subsister tel qu'il est; mais il demanda si la disposition qui le termine autorisait le tribunal de cassation à connaître du fond de l'affaire, pour examiner si les juges n'ont usé de leur pouvoir qu'avec la réserve qui lui est prescrite par la loi.

Enfin M. Treilhard exposa l'esprit de l'article, et dit que les offres réelles ne sont pas valides, si elles ne sont de la totalité de la dette; mais que ce n'est pas l'espèce qu'on a voulu prévoir. On a supposé un débiteur qui, prou-

vant par le tableau de sa situation qu'il est solvable, demande un court délai pour une partie du payement. Dans ce cas, d'après l'article, le juge le condamne pour la totalité, mais il gradue les termes du payement.

Et l'article fut adopté sans plus de discussion.

Il nous semble qu'on a raisonné dans la supposition que le créancier ne s'oppose point à ce que le juge, qui croit devoir accorder un délai de grâce au débiteur, croit devoir aussi diviser les payements, aussi bien dans l'intérêt de l'un que dans l'intérêt de l'autre ; et il sera rare en effet que le créancier n'aime mieux recevoir au plus tôt des à-compte de son débiteur gêné, que d'attendre l'expiration du terme accordé pour recevoir le tout à la fois, ce qui peut être fort incertain. Mais nous raisonnons, au contraire, dans la supposition qu'il se refuse à cette division de sa créance ; or, la question n'est formellement décidée ni par l'article, ni par la discussion à laquelle il a donné lieu, et que nous avons rapportée exactement. Que dit d'abord l'article? « Que le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette même divisible. » A la vérité il est ajouté que « les juges peuvent, *néanmoins*, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, *accorder des délais modérés pour le payement*, et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état. » Mais quoique cet adverbe *néanmoins* paraisse faire une modification au principe, cette modification, d'un autre côté, est relative aux délais modérés que le juge peut accorder, et le créancier ne conteste pas ce pouvoir : il s'y soumet, au contraire; seulement il demande que sa créance ne soit pas divisée; et s'il est dit que le juge peut accorder *des délais*, cela ne veut pas dire nécessairement qu'il doit y en avoir plusieurs, pour plusieurs payements, puisqu'il n'est même parlé ensuite que d'un seul payement, *pour le payement de la dette*. D'ailleurs cette expression *délais* se met souvent au pluriel pour signifier cependant un seul terme. De plus, l'article, en disant que les poursuites seront suspendues, veut aussi que *toutes choses demeurent en état ;* or, elles ne demeurent pas dans le même état, si l'on divise, malgré le créancier, une créance qui n'était point divisée. Aussi, tout bien considéré, nous pensons que la prétention du créancier est bien fondée. L'important pour le débiteur est d'obtenir un terme pour faire suspendre les poursuites, et il l'obtient dans ce système ; le juge le lui accordera pour toute la dette, de la même durée que pour la dernière partie, s'il l'eût divisée, et le créancier aimant encore mieux que la chose soit ainsi, sa demande doit être accueillie. S'il est avantageux pour un débiteur gêné de se libérer par payements partiels, ce que l'on ne peut contester, il peut être avantageux aussi pour le créancier de ne point voir sa créance morcelée, et les intérêts cesser en partie, tandis qu'il ne saurait faire des placements utiles de petites sommes, qu'il pourrait dépenser insensiblement; or, il a un droit fondé sur un titre, au lieu que le débiteur réclame une faveur : l'obscurité du texte de la loi sur le point en question doit donc s'interpréter suivant son intérêt ou pour mieux dire suivant son droit (1).

89. Au surplus, il n'y a pas lieu d'accorder un délai de grâce si le créancier a un titre exécutoire, par la raison qu'il n'est besoin ni de demande ni de jugement, et que c'est le juge seul qui a le pouvoir, d'après l'art. 1244, d'accorder ce délai, en suspendant de la sorte l'exécution de son jugement (2).

Il en est de même si les biens du débiteur sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace, ou s'il

(1) * Toullier, 6, nº 658 ; Delvincourt, 5, 563 ; Colmar, 18 août 1816 ; Dalloz, 20, 465 ; Sirey, 18, 266. — *Contrà*, Rolland, nº 160.

(2) * Pau, 26 novembre 1807 ; Colmar, 14 janvier 1815 ; Bruxelles, 18 juin 1812 ; Sirey, 12, 380 ; 15, 232 ; Dalloz, 20, 466 et 467 ; Brux., Cass., 14 mai 1826 ; J. de B., 1826, 1, 205 ; J. du XIXe siècle, 1826, 573 ; Pigeau, 2, 58, nº 508 ; Carré-Chauveau, nº 524 ; Toullier, nº 659 ; Boncenne, 1, 135, nº 104 ; Delvincourt, 5, 563. — *Contrà*, Thomine, nº 133.

Une poursuite en expropriation forcée ne peut être suspendue par le juge, en vertu de l'art. 1244 du Code civil. (Brux., 20 juillet 1833. J. de B., 1834, 64.)

est constitué prisonnier, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (art. 124, Cod. de proc.). *Voy.* ce qui a été dit à ce sujet au tome précédent, en parlant *des obligations à terme*, nos 98, 116 et 117 (1).

Enfin l'art. 157 du Code de commerce défend aux tribunaux d'accorder des délais pour le payement des lettres de change; et comme les billets à ordre leur sont assimilés quant au payement (art. 187 *ibid.*), on doit leur appliquer la même disposition, ce qui, à la vérité, ne s'est pas fait uniformément par tous les tribunaux dans les commencements de la mise en activité du Code de commerce; mais la loi est positive (2).

Art. X.

Du payement des dettes de choses indéterminées et des dettes de sommes.

90. Lorsque la dette est d'une chose qui n'est déterminée que par son espèce, le débiteur, dit l'art. 1246, n'est pas tenu de la donner de la meilleure espèce, mais il ne peut l'offrir de la plus mauvaise.

Ici le mot *espèce*, employé deux fois, est pris dans deux sens différents. La première fois pour signifier ce que les jurisconsultes romains appelaient le genre, *genus;* car, pour eux, l'espèce, *species,* c'était un corps certain; comme pour les philosophes, c'est l'individu; et c'est aussi dans le sens de corps certain, de chose déterminée, que ce mot *espèce* est employé dans les art. 570 et 572, pour exprimer un nouveau corps, un nouvel objet, en considérant la nouvelle *forme* qu'a reçue la matière, forme qui a donné à cette matière un nouvel *être;* car, *dat forma esse rei.*

La seconde fois, ce mot a été employé dans le sens de *qualité*, comme si l'on eût dit : Le débiteur d'une chose qui n'est déterminée que par son espèce ne sera pas tenu de la donner de la meilleure qualité, mais il ne pourra non plus l'offrir de la plus mauvaise. C'est même la rédaction de l'art. 1022, qui porte que, « lorsque » le legs sera d'une chose indéterminée, l'hé» ritier ne sera pas obligé de la donner de la » meilleure *qualité*, et il ne pourra pas l'offrir » de la plus mauvaise. »

Mais comme une chose d'une qualité qui n'est qu'immédiatement au-dessus de la plus mauvaise est presque toujours une chose de très-mauvaise qualité, le débiteur ne pourrait en offrir une semblable, tout en prétendant que l'art. 1246 ne lui interdit que d'offrir *la chose de la plus mauvaise espèce;* car, en le dispensant de donner la chose de la meilleure espèce, et en lui interdisant de pouvoir offrir celle de la plus mauvaise, on a voulu dire qu'il devrait en offrir une de qualité moyenne. Quelque mauvaise que soit une chose, généralement on en trouverait encore une plus mauvaise; quelque chétif que soit, par exemple, un cheval, on en trouverait probablement encore un pire, et ce n'est point par simple voie de comparaison, mais de bonne foi, que l'obligation doit être acquittée (3). Il résulte de la combinaison des deux parties de l'article, que le législateur a entendu prendre un terme moyen.

La dette d'une chose qui n'est déterminée que par son espèce, c'est-à-dire la dette d'un *genre,* est tantôt d'un genre illimité, tantôt d'un genre limité. La dette d'un cheval, en général, appartient au premier cas; la dette d'un cheval à prendre dans mon haras, se rapporte au second. Mais on sent que le premier genre peut néanmoins recevoir quelque limitation, sans cesser pour cela de mériter d'être considéré comme un genre illimité : par exemple, un cheval de France, sans désignation de la province; et le

(1) * Le juge doit user avec la plus grande réserve de la faculté que lui donne l'art. 1244 du Code civil, d'accorder aux débiteurs des délais pour le payement, et de surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état, et il doit borner le délai de manière à concilier l'intérêt du débiteur avec celui du créancier, afin que le sursis accordé ne puisse porter aucun préjudice au but que ce dernier s'était proposé dans l'exécution du contrat. (Brux., 16 novembre 1831; J. de B., 1832, 1, 66; J. du 19e s., 1832, 3, 329.)

(2) * Carré-Chauveau, no 522.

(3) C'est ce que nous avons déjà dit en matière de legs de choses indéterminées, au tome V, no 259, où nous citons à l'appui l'opinion de Voët, *ad Pandect. tit. de solut.*, no 9.

genre limité est lui-même susceptible de plus ou moins d'extension. Et si, dans la dette d'un genre limité, le débiteur n'est pas tenu davantage d'offrir la meilleure des choses qui composent ce genre, il ne peut pas non plus offrir la plus mauvaise, si celle qu'il offrirait n'était pas d'une qualité moyenne, d'une manière absolue. Mais il pourrait l'offrir si elle avait cette qualité, quand bien même elle serait inférieure à toutes les autres. Il pourrait même offrir la plus mauvaise de toutes, quelle que fût sa qualité, si la dette était alternative. L'art. 1196 suppose que l'obligation alternative peut comprendre plus de deux choses, et il décide que les mêmes principes qui sont exposés dans les articles précédents sur le cas où il n'y en a que deux, sont applicables à l'hypothèse où il y en a un plus grand nombre; or, le débiteur a le choix, suivant ces principes, lorsqu'il n'a pas été expressément réservé au créancier.

Voyez, quant aux legs de choses indéterminées, ce qui a été dit au tome V, n°s 259 et suivants, et aussi n°s 356 *et seq.*; et pour les dettes alternatives, *vide* tome précédent, chapitre IV, sect. III.

91. Quant aux dettes de numéraire, le payement doit en être fait de la somme numérique portée au contrat, en espèces ayant cours alors, et pour leur valeur actuelle, soit qu'il y ait eu, depuis le contrat, augmentation ou diminution de valeur dans les monnaies. Le Code le décide ainsi en matière de prêt de consommation (article 1895), et la raison étant la même dans les autres obligations de sommes (ce qui eût dû porter peut-être les rédacteurs du Code à faire de cette décision l'objet d'une règle générale placée au titre *des contrats ou des obligations conventionnelles en général*), il n'est pas douteux que, dans les ventes aussi, dans les louages, les transactions, les donations et autres semblables conventions, le débiteur ne doive également payer la somme numérique énoncée au contrat, en espèces comptées d'après leur valeur au jour du payement. Telle est aussi la décision de Pothier, dans son traité *du Prêt de consomption*, n° 36.

Ce que l'on considère principalement dans les monnaies, c'est la valeur que la loi y attache, parce que c'est cette valeur qui représente le prix des choses; c'est plutôt la somme que les espèces, que l'on a en vue : *In pecuniâ, non corpora quis cogitat, sed quantitatem.* L. 94, § 1, ff. *de solut. Ea materia formâ publicè percussa usum dominiumque non tam ex substantiâ præbte, quàm ex quantitate.* L. 1, ff. *de contrah. empt.*

Telle était aussi la doctrine de Dumoulin, *Tract. de usuris*, n°s 693 *et seq.*; et de Donneau *ad legem* 3, ff. *de rebus credit.*, n°s 10 et 11, et qui avait été adoptée aussi dans notre ancienne jurisprudence. Mais d'autres docteurs, cités par Vinnius, *Instit. tit. quib. modis re contrah. oblig.*, ont toutefois soutenu le sentiment contraire. Selon eux, la valeur intrinsèque des monnaies, c'est-à-dire le titre et le poids, est pour le moins autant à considérer que la valeur légale, puisqu'il est démontré par une constante expérience que, lorsque par l'effet d'un changement dans la législation, cette dernière valeur surpasse considérablement la première, le prix des denrées et des autres choses nécessaires à la vie augmente dans la même proportion, ou à peu près, et qu'ainsi l'on ne peut plus se procurer avec la même somme ce qu'on pouvait obtenir à l'époque où, suivant un meilleur système d'économie politique, les deux valeurs étaient mieux en rapport : d'où ces auteurs concluaient que celui qui a emprunté une somme, et qui la rend en espèces de même titre et de même poids, mais augmentées de la valeur légale au jour du payement, ou bien en espèces de même valeur légale, mais d'un titre ou d'un poids inférieur, ne rend pas réellement une valeur en tout point semblable à celle qu'il a reçue, et avec laquelle il a pu se procurer une plus grande quantité de denrées. Cela est démontré par les plus simples notions du change des monnaies d'État à État, et l'on peut dire la même chose dans les ventes et autres contrats; car si celui qui vend tel objet, à une époque où la valeur légale des monnaies est en parfait rapport avec leur valeur intrinsèque, est obligé ensuite de recevoir en payement des espèces diminuées de valeur réelle, parce que la matière est maintenant moins bonne ou est en moindre quantité, ou bien des espèces de même matière et de même poids, mais dont la valeur

légale est augmentée, il est clair qu'il ne reçoit pas la juste représentation de la valeur qu'avait la chose quand il l'a vendue. Et si l'on disait que la chance favorable existe aussi pour le débiteur, acheteur ou emprunteur, n'importe, on ne répondrait assurément pas à l'objection, puisque les parties n'ont point entendu faire un contrat aléatoire. Aussi, suivant ces auteurs, le payement, dans le cas d'augmentation ou de diminution de valeur des espèces depuis le contrat, devrait être fait en espèces comptées pour la valeur qu'elles avaient au moment du prêt ou de la vente ni plus ni moins. En conséquence, si, par exemple, la valeur légale d'une pièce de 5 francs actuelle était, depuis le contrat, portée à 5 francs 50 centimes, et que le payement se fît en cette monnaie, cette pièce ne devrait encore être comptée, dans ce système, que pour 5 francs seulement, soit, dans le cas d'un prêt, que ce prêt eût été fait en d'autres espèces, soit qu'il eût eu lieu en cette monnaie; et, *vice versâ*, si cette pièce se trouvait réduite, depuis le prêt, à la valeur de 4 francs cinquante centimes (1), le débiteur aurait le droit de faire entrer dans son payement pour 5 francs chaque pièce de cette sorte, dont la valeur légale se trouverait maintenant diminuée de 50 centimes. Il ne gagnerait rien lui-même à cette opération, puisqu'il lui aurait fallu autant de choses pour se procurer des pièces ayant acquis en valeur réelle ce qu'elles ont éprouvé de diminution en valeur légale.

Pothier, dans le cas où la monnaie a subi une augmentation de valeur simplement légale, semble bien convenir que ce dernier système est plus conforme à l'équité, mais il ne s'y attache cependant pas, attendu, dit-il, que c'est le premier qui a prévalu dans notre jurisprudence française.

92. Au surplus, comme, en matière de dépôt, c'est la même chose corporellement qui doit être rendue, si le dépôt a eu lieu de sommes monnayées, il doit être restitué dans les mêmes espèces, soit qu'il y ait eu augmentation ou diminution de leur valeur (article 1922). Le déposant est toujours resté propriétaire des espèces déposées, et c'est pour lui par conséquent qu'elles ont augmenté ou diminué de valeur.

93. Et si un prêt était fait en espèces considérées dans le contrat non comme *somme*, mais *tanquàm corpora*, il faudrait rendre la même quantité en mêmes pièces, et uniquement cela, quoique ce ne fût point un simple commodat ou prêt à usage *ad ostentationem*, mais bien un prêt de consommation, c'est-à-dire, un prêt avec pouvoir pour l'emprunteur de disposer des espèces comme propriétaire, à la charge d'en rendre de semblables, en même nombre et de même qualité. Tel serait le cas où je vous prêterais vingt pièces d'or de telle année, à condition que vous me rendriez la même quantité de pièces au même type. Dans ce cas, les espèces étant prêtées *ut corpora*, le prêt devrait être considéré comme un prêt de lingots, plutôt que comme un prêt de somme; or, lorsque ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela (2). (Articles 1896 et 1897.)

Toutefois Pothier est d'un avis contraire, dans son traité *du Prêt de consomption*, n° 37. Il s'exprime ainsi sur ce point :

« Pourrait-on prêter, non une certaine
» somme, mais une certaine quantité d'écus
» de six livres, à la charge que l'emprunteur
» rendrait un pareil nombre de même poids et
» aloi soit qu'ils fussent augmentés ou dimi-
» nués; et que, si les espèces qu'il rendrait
» étaient de moindre poids et aloi, il y sup-
» pléerait, de même qu'on le récompenserait
» si elles étaient d'un plus fort poids ou d'un
» meilleur aloi ?

(1) Il y a une vingtaine d'années, les anciennes pièces de 6 livres ont été réduites à 5 francs 80 cent., ce qui, indépendamment de la différence du liard en moins pour la conversion des *livres* en *francs*, était une diminution de deux sous et demi. Les pièces de 3 livres ont été réduites, par la même mesure, à 2 fr. 75 centimes.

(2) * Lorsqu'il a été stipulé que le remboursement d'une rente pourra s'effectuer moyennant une somme de..... en telle monnaie, à tant la pièce, le débiteur peut la rendre au créancier en une autre monnaie. Liége, 1er février 1821, Rec. de Liége 8, 315.

» Il semble que cette convention est valable; ce n'est point en ce cas la somme qui » est la matière du prêt, ce sont les espèces » mêmes, *ipsa corpora,* qui sont prêtées; par » conséquent, on doit rendre pareil nombre » d'espèces de pareils poids et qualité. Je » trouve néanmoins beaucoup de difficulté à » admettre cette convention; car le prince dis» tribuant sa monnaie aux particuliers pour » leur servir de signe de la valeur de toutes » choses, elle n'appartient aux particuliers » que sous ce regard, et ne peut par consé» quent, que sous ce regard, faire la matière » des contrats de commerce, tels que le prêt. » On ne peut donc prêter la monnaie en elle» même, mais seulement comme signe de la » somme qu'il a plu au prince de lui signifier; » et par conséquent, on ne peut obliger l'em» prunteur à restituer autre chose que cette » somme; et toute convention contraire doit » être rejetée, comme contraire au droit pu» blic et à la destination que le prince a faite » de la monnaie.

» C'est en conséquence de ce principe que, » lorsqu'il plaît au roi d'ordonner une nouvelle » refonte des monnaies, et d'ordonner qu'il » n'y aura que les espèces de la nouvelle re» fonte qui auront cours, que les anciennes » espèces seront décriées et hors de cours, les » particuliers sont obligés de porter aux mon» naies ou chez les changeurs publics, les es» pèces qu'ils ont par devers eux, pour les con» vertir en de nouvelles espèces; car, ces » espèces n'appartenant aux particuliers que » comme signe de la valeur que le prince a » voulu qu'elles représentassent, dès lors qu'il » plaît au prince que ce ne soient plus ces es» pèces, mais d'autres, qui soient les signes » représentatifs de la valeur des choses, les » particuliers n'ont plus le droit de retenir ces » espèces, mais ils doivent les porter au roi, » qui leur donnera à la place les nouvelles es» pèces qui doivent servir de signes de cette » valeur.

» Contre ce que nous venons de décider, » qu'on ne peut pas valablement convenir par » un contrat de prêt d'argent que les espèces » dans lesquelles la somme prêtée sera ren» due, seront payées, non sur le pied de la » valeur au temps du payement, mais sur le » pied de la valeur qu'elles avaient au temps » du prêt, on oppose que cette convention est » admise en fait de lettres de change. Je ré» ponds que le contrat qui se fait par la lettre » de change est très-différent du contrat de » prêt, comme nous l'avons établi au long dans » notre *Traité des lettres de change,* n° 50. Ce » contrat est un contrat d'échange par lequel » celui à qui la lettre de change est fournie, » échange les espèces qu'il compte au tireur, » contre celles qui lui seront comptées dans le » lieu où la lettre de change est tirée : on ne » peut donc pas argumenter de l'un à l'autre. »

Il nous semble que Pothier ne résout point du tout l'objection tirée, contre sa décision, de ce qui est admis en matières de lettres de change, lesquelles doivent être payées dans la monnaie qu'elles indiquent (art. 143. Code de comm.), à peine, par conséquent, de tous dommages-intérêts pour le porteur de la lettre; car, qu'importe, en ce qui touche l'objet de la question, les différences qu'il peut y avoir entre le contrat de change et le contrat de prêt? Si les raisonnements de cet auteur étaient concluants pour faire regarder comme contraire au bien public la convention dont il s'agit dans le cas d'un prêt, ils auraient la même force dans le cas d'une lettre de change. Le contrat de prêt n'est-il pas d'ailleurs mélangé du contrat d'échange? Je vous donne vingt boisseaux de froment ou 100 francs, aujourd'hui, pour que vous me rendiez vingt boisseaux de froment ou 100 francs dans un an ! assurément il y a une commutation, un échange dans cette opération, quoique l'emprunteur ait, du reste, en principe, la faculté de se libérer avec les mêmes choses qu'il a reçues, s'il ne les a pas d'ailleurs laissées se détériorer dans ses mains; c'est échange *quantitatis,* au lieu d'être échange d'*individus :* or, si l'on peut faire cet échange dans le contrat de lettre de change, avec les effets dont nous venons de parler, sans que le droit public en souffre une atteinte, on doit pouvoir également le faire dans le prêt; mais la vérité est que le droit public n'est nullement blessé par cette convention, ni dans l'un ni dans l'autre contrat, attendu que la monnaie avec laquelle le payement pourra être effectué

n'en sera pas moins admise dans ce payement pour la valeur que la loi y aura attachée; qu'il y aura seulement lieu à une question d'indemnité, indemnité qui s'estimera suivant la différence réelle des pièces prêtées, d'avec celles qui seraient rendues, eu égard au poids et au titre des unes et des autres, comme il y aurait lieu à la fixer si, dans une lettre de change qui indiquerait la monnaie dans laquelle elle devrait être payée, le débiteur déclarait ne vouloir pas ou ne pouvoir pas payer en cette monnaie. Ce qui blesserait le droit public, ce serait la convention qui, dans les ventes, les louages, les transactions, etc., porterait que le payement ne pourra être fait en monnaie nouvelle, s'il venait à en être créé; ou bien, dans un prêt, la clause que le remboursement ne pourra avoir lieu que dans la seule monnaie comptée à l'emprunteur, même avec offre par lui d'indemnité s'il y échéait; car de semblables conventions entraveraient bientôt la circulation des monnaies ayant cours légal; et encore l'on pourrait certainement faire de cette manière un simple commodat *ad pompam*, pour que les pièces prêtées dussent être restituées identiquement, ainsi que cela a lieu dans le dépôt, puisque dans l'un comme dans l'autre cas, la propriété des espèces ne serait pas transférée à celui qui les recevrait seulement comme corps certains et déterminés, et non *ut summa*.

94. Au surplus, les jurisconsultes mêmes qui pensaient que, quels que fussent les changements opérés dans la valeur des monnaies entre le contrat et le payement, le débiteur dût payer la somme numérique énoncée à l'acte, en monnaie ayant cours lors du payement, et suivant sa valeur actuelle, et ne dût payer que cela, faisaient toutefois exception pour le cas où il a été mis en demeure de se libérer, lorsque c'est depuis la mise en demeure que la monnaie a subi une augmentation de valeur seulement légale, ou une diminution de valeur intrinsèque, la valeur légale étant restée la même; car alors le débiteur payant avec des espèces valant réellement moins qu'elles ne valaient à l'époque où il eût dû payer, son retard cause un préjudice au créancier, et il doit le réparer en payant aussi la différence. Cette décision est d'une justesse incontestable; il n'est personne en effet qui ne conçoive que si l'on doublait la valeur légale des monnaies actuelles, le prix des denrées ne doublât également, ou à peu près; donc le créancier éprouverait un préjudice par le fait du retard que le débiteur aurait apporté à sa libération, si celui-ci pouvait faire admettre la nouvelle monnaie dans son payement pour la valeur légale qu'elle aurait alors; or, tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. (Art. 1382.)

Art. XI.

Du Payement de dettes de corps certains.

95. Le débiteur d'un corps certain et déterminé doit le délivrer dans l'état où il se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure. (Article 1245.)

Il résulte de cette disposition que le débiteur est non-seulement responsable des détériorations qui seraient survenues à la chose par sa faute ou celle des personnes dont il doit répondre, mais encore de celles qui seraient simplement le résultat de son fait, quoiqu'il n'y eût pas de faute de sa part dans le sens usuel et naturel de ce mot. Tel serait le cas où un héritier, dans l'ignorance du prêt qui avait été fait d'une certaine chose par un tiers à son auteur, ou bien de la vente ou même du legs que celui-ci aurait fait de cette chose à quelqu'un, aurait lui-même prêté ou loué l'objet à une personne qui l'aurait fait ou laissé périr; assurément cet héritier ne serait point en faute dans le sens usuel de ce mot, puisqu'il croyait user de sa propre chose, et néanmoins il serait responsable de la perte, sauf à lui son recours contre celui à qui il avait remis la chose; car on ne peut se libérer par son propre fait, quoique ce fait fût exempt de faute (1). C'est ainsi que,

(1) Cependant en matière de dépôt, si l'héritier du dé-

suivant le § 16 aux Institutes, au titre *de legatis*, l'héritier chargé du legs d'un certain esclave par un codicille dont il ignorait l'existence, n'est pas libéré par l'affranchissement de cet esclave, ou par le don qu'il en a fait à quelqu'un qui l'a affranchi; il n'en doit pas moins payer l'estimation de l'esclave au légataire.

La décision ci-dessus aurait lieu, encore que la chose eût péri entre les mains du tiers par cas fortuit, si elle n'eût pas dû également périr chez le créancier, ou si elle eût été dans ses mains, ou eût péri chez l'héritier, s'il ne l'eût point prêtée lui-même ou louée : le tiers serait bien libéré envers l'héritier, mais non celui-ci envers son propre créancier.

96. Mais lorsque les détériorations survenues à la chose chez le débiteur auraient dû également arriver dans le cas où elle eût été livrée au créancier, la mise en demeure même du débiteur ne les lui fait pas supporter, parce que l'intérêt est la mesure des actions, et qu'il y a même raison pour les simples détériorations que pour la perte totale de la chose; or, dans le cas de perte totale, le débiteur n'est pas moins libéré lorsque cette perte est arrivée par cas fortuit, quoiqu'elle ait eu lieu depuis la mise en demeure, lorsque la chose eût dû également périr chez le créancier si elle lui eût été livrée quand elle devait l'être. (Art. 1302.)

Art. XII.

Dans quel lieu le payement doit être fait, et quel est le tribunal compétent pour connaître de la demande?

97. Suivant l'art. 1247, « le payement doit » être exécuté dans le lieu désigné par la » convention (1).

» Si le lieu n'y est pas désigné et qu'il » s'agisse d'un corps certain et déterminé, le » payement doit être fait dans le lieu où était, » au temps de l'obligation, la chose qui en fait » l'objet.

» Hors ces deux cas, le payement doit être » fait au domicile du débiteur (2). »

Ainsi, l'on ne prend point en considération le lieu où a été passé le contrat.

98. Dans les ventes d'objets mobiliers, s'il n'a rien été réglé sur le jour et le lieu où le prix de la vente doit être payé, le payement doit être effectué au temps et au lieu où doit se faire la délivrance (art. 1651). Mais si le vendeur a fait terme à l'acheteur, et qu'il n'y ait pas de lieu désigné pour le payement du prix, on rentre dans la règle générale, et en conséquence, il doit être fait au domicile du débiteur ou acheteur.

Quant à la délivrance de la chose vendue, ce qui est le payement de l'obligation du vendeur, s'il n'y a pas de lieu désigné où elle doive être faite, il faut distinguer : si l'objet est un corps certain, comme tel cheval, cent hectolitres de froment contenu dans tel grenier, la délivrance doit être faite au lieu où se trouve la chose au temps du contrat; mais si l'objet est indéterminé, comme cent hectolitres de froment en général, ou un cheval non désigné, la délivrance doit être faite au domicile du vendeur, qui est débiteur de l'objet; et cela a lieu soit que le prix eût été payé avant la délivrance, soit qu'il dût l'être au temps où elle doit être faite, soit enfin que le vendeur eût fait terme à l'acheteur.

positaire a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, il n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix. (Art. 1935.)

(1) *Is qui certo loco dare promisit, nullo alio loco quàm in quo promisit solvere, invito stipulatore potest.* L. 9, ff. *de eo quod certo loco.*

(2) * Il peut résulter de la nature d'une obligation et des circonstances dans lesquelles elle a été contractée, que le payement doive être fait ailleurs qu'au domicile du débiteur. (Brux., 29 novembre 1828. J. de B., 1829, 2, 159; Toullier, 7, n° 95.)

Le payement doit toujours, sauf stipulation contraire, être effectué au lieu de la livraison des marchandises. (La Haye, 13 juillet 1825; J. du 19e s., 1827, 3, 95.)

Les loyers doivent, à moins de convention contraire, se payer au domicile du locataire. (Brux., 10 février 1836. J. de B., 1836, 184.)

La clause par laquelle les parties conviennent que le prix d'un bail sera payable en mains du bailleur ou de son receveur, sans détermination du lieu, ne déroge pas à la règle générale qui établit que le payement doit être fait au domicile du débiteur. (Liége, 3 juillet 1837. J. de B., 1838, 308.)

Dans le dépôt, si le contrat désigne le lieu où la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y apporter la chose déposée; mais s'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant (art. 1942). Si le contrat ne désigne pas le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt. (Art. 1943.)

Le Code ne s'explique pas sur le lieu où la chose prêtée à usage doit être rendue, mais nous pensons qu'elle doit l'être au lieu où elle a été prêtée, à moins de convention contraire, ou de circonstances qui donneraient lieu de croire que les parties ont entendu que la restitution devait se faire dans un autre endroit.

Quant au prêt de consommation, le Code ne s'explique pas non plus positivement sur le lieu où la restitution doit s'en faire, quand il n'y a pas de convention à ce sujet. Nous croyons qu'il faut distinguer : s'il s'agit de denrées et qu'il n'y ait pas de lieu spécialement convenu pour la restitution, elle doit être faite au lieu où l'emprunt a été fait (art. 1903, 2e alinéa, par argument) ; autrement si l'emprunteur pouvait faire le payement à son domicile, comme dans les cas ordinaires, et que les denrées prêtées y eussent moins de valeur qu'au lieu où il les a reçues, le créancier éprouverait un véritable préjudice; il recevrait en réalité une valeur moindre que celle qu'il a prêtée; tandis que si les denrées valaient moins, lors de la restitution, au domicile du prêteur qu'au sien, le débiteur voudrait probablement les rendre chez le prêteur; en sorte que la chance favorable serait toute pour lui, ce qui ne serait pas juste. Nous le décidons ainsi lors même que le prêt serait avec intérêt; car cette circonstance est indifférente quant au lieu où la restitution doit être faite. Mais dans les prêts de numéraire, et surtout lorsque l'emprunteur a donné son billet purement et simplement, sans indication du lieu pour la restitution, comme il n'y a pas les mêmes inconvénients que dans les prêts de denrées, on peut raisonnablement croire que c'est l'emprunteur dont le créancier a suivi la foi comme dans les autres obligations avec terme, qui a entendu payer à son domicile, et que le créancier y a consenti.

99. Au surplus, et ainsi que nous l'avons dit en traitant *du domicile* (1), l'indication d'un lieu où doit se faire le payement n'attribue point, en matière non commerciale, compétence au tribunal de ce lieu pour connaître de la demande : elle n'est point la même chose qu'une élection de domicile pour l'exécution de l'acte, dans le sens des art. 111 du Code civil et 59 du Code de procédure. Le débiteur, en cas de non-payement, n'en doit pas moins, la matière étant personnelle, être assigné devant le tribunal de son domicile, et s'il n'a pas de domicile connu, devant celui de sa résidence, conformément à ce dernier article. C'est aussi au domicile réel du débiteur, ou au lieu de sa résidence s'il n'a pas de domicile connu, que les significations relatives à l'acte doivent être faites. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation, par arrêt de cassation, du 29 octobre 1810 (2). L'arrêt a décidé que les significations faites au lieu simplement indiqué pour le payement d'un billet non commercial étaient nulles, parce que cette indication ne constituait point une élection de domicile pour l'exécution de l'acte, comme dans le sens de l'art. 111 du Code civil.

Et en effet, ce Code, dans l'article 1258, n° 6, distingue bien clairement l'élection d'un domicile pour l'exécution de l'acte, de la simple indication d'un lieu pour le payement, puisqu'après avoir dit que les offres seront faites *au lieu dont on est convenu pour le payement*, il ajoute que s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement, les offres devront être faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, *ou au domicile élu pour l'exécution de la convention*. Donc l'indication d'un lieu pour le payement n'est point une élection de domicile pour l'exécution de l'acte dans le sens de l'art. 111 du Code civil, c'est-à-dire, pour que le créancier puisse former la demande devant le tribunal dans l'arrondissement duquel ce lieu est situé. L'art. 420 du Code de procédure, placé sous le titre *de la*

(1) Tome I, n° 373.

(2) Sirey, 1810, 1, 378.

procédure devant les tribunaux de commerce, porte, il est vrai, que « le demandeur peut » assigner, à son choix, devant le tribunal du » domicile du défendeur, devant celui dans » l'arrondissement duquel la promesse a été » faite et la marchandise livrée, et *devant* » *celui dans l'arrondissement duquel le paye-* » *ment devait être effectué;* » mais c'est là une disposition spéciale, seulement relative aux obligations commerciales.

100. En sens inverse, l'élection d'un domicile pour l'exécution de l'acte n'est point par elle-même une indication du lieu où le payement doit être fait; c'est une indication du lieu où pourront être faites les significations, poursuites et demandes relatives à cet acte, une indication de lieu pour l'exécution forcée ou judiciaire. Le payement, à défaut de convention sur le lieu où il devait être effectué, doit être fait au domicile du débiteur, ou, s'il s'agit d'un corps certain, au lieu où était cet objet lors de la convention, ainsi que le veut l'art. 1247; sauf, comme nous l'avons dit au tome Ier, n° 377, les cas où les termes de l'acte ou les circonstances du fait démontreraient que l'intention des parties a été aussi d'indiquer le lieu désigné comme étant celui où le payement devait être fait (1).

101. Dans les obligations qui n'ont pas pour objet un corps certain, le payement doit bien, d'après l'art. 1247, être fait au domicile du débiteur, si un autre lieu n'a pas été indiqué dans la convention; mais, en général, cela doit s'entendre du domicile qu'avait le débiteur au moment du contrat, ou du moins de celui qu'il aurait pris ensuite dans le même endroit, et non pas du domicile qu'il aurait pris depuis dans un autre lieu éloigné, s'il devait résulter un préjudice pour l'une ou l'autre des parties de ce que le payement se ferait dans ce nouveau lieu. Or, dans les dettes de denrées, comme le prix de ces denrées varie en raison des localités, l'on sent que l'une ou l'autre des parties pourrait éprouver un désavantage si le débiteur avait, depuis le contrat, transporté son domicile dans un endroit où les denrées qu'il doit seraient plus chères ou moins chères que dans le lieu où était son premier domicile, lieu où il s'attendait d'abord à les livrer, et le créancier à les recevoir. Faute d'indication d'un autre lieu dans le contrat, les parties sont censées être convenues de celui où le débiteur avait alors son domicile, puisque la loi elle-même, dans leur silence à cet égard, en faisait l'indication; elles s'en sont rapportées à la loi, et c'est comme si elles avaient fait une indication spéciale du lieu du payement, parce que *quæ sunt moris et consuetudinis, in contractibus tacitè veniunt*. Pothier décide, avec Dumoulin, que lorsqu'il a été convenu que le payement serait fait au domicile du créancier, celui-ci ne peut pas, en transportant son domicile ailleurs, nuire au débiteur, s'il était plus avantageux à ce dernier de payer à l'ancien domicile du créancier : or, la raison est la même dans le cas où c'est le débiteur, au domicile duquel le payement devait être fait, qui a changé de domicile, peut-être en vue de tirer un profit de ce changement. En un mot, le silence des parties sur le lieu du payement est une indication tacite du lieu où le débiteur avait son domicile lors du contrat, et cette indication tacite doit avoir le même effet que si les parties l'avaient faite expressément.

102. Mais cela ne fait rien quant à la compétence en matière non commerciale : à défaut d'élection spéciale du domicile pour l'exécution de l'acte, le débiteur devra toujours être assigné au tribunal de son domicile actuel, ou, s'il n'est pas connu, au tribunal de sa résidence, conformément à l'art. 59 du Code de procédure, parce que, dans ces sortes d'obligations, la matière, même aujourd'hui, est personnelle. D'après la loi 2 au Code, *de jurisdictione omnium judicum, et de foro competenti*, le débiteur (par conséquent en matière personnelle) devait être assigné au tribunal de son domicile actuel, ou au tribunal du domicile qu'il avait lors de la convention, s'il en avait changé : *ubi domicilium habet, vel tempore contractûs habuit, licet hoc posteà transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet;* et par domicile au temps du contrat, l'on entendait celui où le débiteur

(1) * Toullier, 7, nos 90 et 91.

devait payer la dette (1). Mais, comme nous l'avons dit plus haut, dans les matières non commerciales, le lieu où doit être fait le payement n'est point nécessairement, dans le droit actuel, celui devant le tribunal duquel le débiteur doit être poursuivi; au lieu que l'art. 59 du Code de procédure n'a égard, en matière personnelle ordinaire, qu'au domicile actuel du défendeur, ou au domicile élu.

Art. XIII.

A quelle mesure se fait la délivrance, et à la charge de qui sont les frais du payement.

103. Si des fonds sont vendus à tant la mesure, ou pour un seul prix, avec indication de la contenance, que les parties ne se soient pas expliquées sur l'espèce de mesure, et qu'il y ait de la différence entre celle du lieu où le contrat a été passé et celle du lieu où sont situés les biens, on est censé, dans le doute, avoir eu en vue cette dernière mesure. Et si c'était des denrées, les parties seraient aussi censées, dans le doute, avoir eu en vue la mesure du lieu où les choses devaient être livrées. Dans l'hypothèse où cette mesure serait plus favorable au vendeur, on ne pourrait argumenter contre lui de la règle que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre lui (art. 1602), ni de cette autre règle que ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé (art. 1159); il y aurait lieu d'appliquer à la cause le principe que l'on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes; or, il est à présumer qu'elles ont entendu que la délivrance se ferait à la mesure du pays où elle devait avoir lieu. Tel est le sentiment de Voët, *ad Pandectas*, tit. *de solut.*, n° 8. Au surplus, les circonstances de la cause pourraient porter à décider, au contraire, que les parties ont entendu traiter à la mesure du lieu où la convention a été arrêtée; mais cela ne devrait pas facilement se présumer.

104. Les frais du payement sont à la charge du débiteur (art. 1248).

Ainsi, s'il exige une quittance par-devant notaire, c'est à lui à en payer le coût, et les droits d'enregistrement.

C'est même à lui à payer le coût de la feuille de papier marqué de la quittance sous signature privée dont il se contente.

105. Les frais de mesurage des denrées dont il fait la délivrance sont également à sa charge, et ceux d'enlèvement à la charge du créancier; le tout sauf stipulation contraire. Le Code le décide ainsi en matière de vente (art. 1608), et il y a même raison dans les autres contrats commutatifs. Par conséquent, les frais d'arpentage des fonds vendus à tant la mesure, ou même avec simple indication de la contenance, sont pareillement à la charge du vendeur; car, même dans ce dernier cas, c'est à lui à justifier qu'il a livré la contenance indiquée au contrat, puisque c'est par là qu'il obtient la libération de son obligation de livrer.

106. Pothier pensait que le coût de transit pour l'enlèvement des vins doit être payé par le vendeur, à moins de convention contraire. C'est la proposition inverse qu'il faut soutenir, car le congé ou transit fait partie des frais d'enlèvement comme droit de circulation; c'est une sorte de droit de mutation de propriété. D'ailleurs, suivant Pothier lui-même, le débiteur doit simplement fournir au créancier les moyens d'enlever la chose due, et rien de plus. Quand il remet les clefs des lieux où sont contenues les denrées, et qu'il a fait le mesurage ou le compte, s'il y en a à faire, il remplit donc son obligation en son entier, et le droit à payer pour la circulation ne le regarde pas. Il faudrait même le décider ainsi, quoique le propriétaire qui vend le vin contenu en son cellier se chargeât de le *faire conduire* à tel endroit : il n'est pas censé pour cela se charger du coût du droit de mouvement, mais seulement des frais de voiture ou de transport. Il en serait toutefois

(1) *Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est, ubi domicilium habet :*

At ubi quisque contraxerit contractum autem non utiquè eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia. LL. 1, 2 et 3, ff. *de rebus auctorit. judicis possid.*

Contraxisse unus quisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret, se obligavit. L. 21, ff. *de oblig. et act.*

autrement, sauf convention contraire, dans le cas où quelqu'un vendrait du vin, par exemple, *livrable* en tel endroit; et si c'était en telle ville, le droit d'octroi serait même supporté par le vendeur; car il faudrait qu'il *livrât* dans le lieu indiqué, et par conséquent, qu'il se chargeât des moyens d'y faire parvenir la marchandise. Si j'achète d'un propriétaire d'Orléans ou d'un marchand de vin de cette ville, n'importe, six pièces de vin pour ma provision, *livrable* dans ma cour, à Paris, il est clair que mon intention a été de les recevoir franches et quittes de tous droits, moyennant le prix fixé. Le prix, au surplus, pourrait éclairer sur l'intention des parties, en ce qui concernerait du moins le droit d'octroi, qui est fort considérable dans les villes populeuses.

107. Les frais d'enregistrement de promesses sous seing privé, faits avant l'échéance, ne sont à la charge du débiteur qu'autant qu'il a refusé de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette. (Loi du 3 septembre 1807, article 2, Bull. n° 2741.)

§ II.

Du payement avec subrogation.

SOMMAIRE.

108. *Ce qu'on entend par subrogation de personnes.*
109. *La subrogation de personne à personne est de deux sortes : conventionnelle, ou légale.*
110. *Les successions sont aussi des subrogations d'une personne à une autre.*
111. *Dans les subrogations à titre universel, une chose est plus facilement regardée comme subrogée à une autre, que dans les subrogations spéciales.*
112. *Différents cas de subrogation réelle, ou d'une chose à une autre.*
113. *Droit romain touchant ce que nous appelons* subrogations.
114. *Le mot* cession *a été pris par les anciens jurisconsultes français dans un sens bien moins déterminé qu'il ne l'est par le Code.*
115. *Il ne faut pas confondre la subrogation opérée même par cession proprement dite, avec la novation opérée même par changement du créancier.*
116. *La subrogation conventionnelle a lieu dans deux cas : par le consentement du créancier, et par le consentement du débiteur; développements du premier cas.*
117. *Si le tiers a payé la dette sans se faire subroger, et que la loi ne le subroge point, la créance est absolument éteinte avec tous ces accessoires; sauf le recours du tiers contre le débiteur, mais par une autre action.*
118. *La subrogation doit être expresse, c'est-à-dire, sans qu'il y ait d'incertitude à cet égard; divers exemples.*
119. *La subrogation* aux droits *du créancier, à* son action, à la créance, *comprend aussi les priviléges, hypothèques et cautionnements.*
120. *Il est indifférent que le tiers déclare payer en son nom ou au nom du débiteur; la subrogation aura lieu si le créancier l'a consentie.*
121. *Le créancier, en subrogeant, vend en quelque sorte sa créance au tiers.*
122. *Différence néanmoins entre la cession ou transport proprement dit, et le cas d'un payement fait par un tiers avec subrogation.*
123. *La subrogation est principalement utile lorsqu'il y a des priviléges, hypothèques ou cautionnements attachés à la dette; elle peut cependant procurer avantage encore sous quelques autres rapports.*
124. *Le subrogé doit faire connaître au plus tôt au débiteur le payement qu'il a fait, pour que celui-ci ne paye pas de son côté.*
125. *Il est nécessaire aussi qu'il assure à son payement une date certaine par rapport aux créanciers du créancier qui viendraient à saisir la créance dans les mains du débiteur, et par rapport aussi aux tiers à qui le créancier céderait ensuite la créance nonobstant le payement.*
126. *Il n'est pas de rigueur, au surplus, pour qu'il puisse se prévaloir de la subrogation à l'égard des tiers, que les titres de*

la créance lui aient été remis, sauf les cas de lettres de change et de billets à ordre.

127. *Suite et développements.*

128. *Le débiteur peut opposer au tiers subrogé les exceptions et fins de non-recevoir qu'il pourrait opposer au créancier si c'était celui-ci qui le poursuivît : modification en certains cas.*

129. *Subrogation conventionnelle consentie par le débiteur : motifs de cette subrogation.*

130. *Ancienne jurisprudence sur ce point, et conditions requises d'après le Code pour que cette subrogation ait lieu.*

131. *Elle s'opère sans le concours de la volonté du créancier ; ce qu'il faut faire lorsqu'il ne veut pas recevoir le payement et donner la quittance en la forme requise.*

132. *La déclaration que le payement a été fait des deniers prêtés par le tiers doit être dans la quittance même.*

133. *Il n'est pas de rigueur, du reste, que le débiteur déclare expressément subroger le prêteur ; mais il faut qu'il soit déclaré dans l'acte d'emprunt, que l'emprunt est fait pour payer la dette.*

134. *Motifs des formalités prescrites pour cette subrogation.*

135. *Il est indifférent que ce soit le prêteur ou le débiteur qui fasse le payement.*

136. *La loi ne fixe pas le temps dans lequel le payement doit être fait : observations à ce sujet.*

137. *La subrogation peut produire ses effets même quant aux hypothèques, quoique les biens soient sortis de la main du débiteur, à la différence du droit romain : réfutation de l'opinion contraire émise par quelques auteurs sous le Code.*

138. *Différence, dans les effets, entre cette subrogation et celle qui est consentie par le créancier.*

139. *Outre l'action du créancier, le subrogé prêteur a l'action du prêt contre le débiteur ; mais quand il est payé sur l'une de ces actions, l'autre est éteinte.*

140. *Un créancier hypothécaire, par exemple, une femme mariée, peut, en s'obligeant, consentir la subrogation à son hypothèque.*

141. *Mais, en principe, un créancier n'a pas le droit d'être payé par préférence aux autres sur le produit d'une créance qu'a le débiteur commun sur un tiers, quoique sa créance fût la première en date, et qu'il eût fait saisir le premier.*

142. *C'est pour cette raison qu'il est avantageux d'être subrogé à l'hypothèque de celui avec qui l'on traite : développements.*

143. *Celui qui a pour obligés solidaires le mari et la femme, n'est point par cela seul subrogé à l'hypothèque légale de cette dernière.*

144. *Mais il l'est indirectement si les deux époux, en s'obligeant solidairement, hypothèquent un immeuble sur lequel porte l'hypothèque légale de la femme.*

145. *Dans l'exercice de la subrogation à l'hypothèque légale, le créancier de la femme est colloqué au rang fixé par l'art.* 213 *mais il importe beaucoup de distinguer pour quels objets la femme lui a consenti la subrogation : diverses distinctions à cet égard, et conséquences.*

146. *Transition à la subrogation légale.*

147. *Doctrine de Dumoulin sur ce sujet.*

148. *Texte de l'art.* 1251.

149. *La subrogation légale a lieu,* 1° *en faveur de celui qui paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques.*

150. *Il y avait dans le droit romain, quant à cette subrogation, une raison particulière tirée du système hypothécaire en usage, qui n'existe pas dans notre droit ; développements.*

151. *Si le créancier antérieur en ordre d'hypothèque ne veut pas recevoir son payement, le créancier postérieur peut lui faire des offres réelles et consigner.*

152. *La subrogation légale ne paraît pas exister d'après le Code, et mal à propos, au profit du créancier hypothécaire qui en paye un autre postérieur en ordre d'hypothèque.*

153. *Mais elle a lieu, d'après le Code, au pro-*

fit de celui qui n'a ni privilége ni hypothèque, et qui paye un créancier privilégié ou hypothécaire.

154. *La subrogation a lieu pour les intérêts comme pour le capital, mais non pour les intérêts d'intérêts.*

155. *Le créancier, qui, en faisant novation, se réserve ses priviléges et hypothèques pour la nouvelle créance, est censé se subroger à lui-même.*

156. *La subrogation légale a lieu, 2° au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué.*

157. *L'acquéreur qui paye les créanciers hypothécaires en sus de son prix est pareillement subrogé.*

158. *Mais l'acquéreur qui les aurait payés avant la vente n'aurait pas la subrogation.*

159. *But de la loi en établissant cette subrogation.*

160. *Le légataire particulier ou le donataire qui a acquitté la dette hypothécaire dont l'immeuble légué était grevé, est subrogé aux droits du créanciers vis-à-vis aussi d'autres créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque; et la subrogation s'étend aussi sur les autres biens affectés à la même dette.*

161. *L'acheteur de partie d'immeubles hypothéqués à une même dette a-t-il la subrogation légale contre les autres détenteurs, pour ce qu'il a payé au delà de son prix aux créanciers hypothécaires? Les anciens principes la lui refusaient; le Code paraît la lui accorder.*

162. *Mais il doit se faire une répartition entre les divers détenteurs, en cas d'insolvabilité du débiteur : base de cette répartition et exemple.*

163. *La proposition généralisée.*

164. *Quant aux biens hypothéqués à la même dette qui se trouvent encore dans la main du débiteur, l'exercice de la subrogation présente moins de difficulté.*

165. *Les mêmes décisions s'appliqueraient aussi, en général, à un légataire ou donataire à titre particulier, qui a payé les dettes hypothécaires, vis-à-vis d'autres détenteurs à titre gratuit ou même onéreux.*

166. *La subrogation légale a lieu, 3° au profit de celui qui, étant tenu par d'autres ou avec d'autres au payement de la dette avait intérêt à l'acquitter.*

167. *Ainsi elle a lieu au profit du débiteur solidaire qui a payé au delà de sa part dans la dette commune.*

168. *Et la subrogation conventionnelle n'aurait pas des effets plus étendus en faveur de ce débiteur, que ceux de la subrogation légale : controverse et démonstration de la proposition.*

169. *La subrogation a lieu aussi au profit de celui qui était tenu avec d'autres au payement d'une dette indivisible, quoique sans solidarité.*

170. *Et en faveur de la caution ou du cofidéjusseur qui a acquitté la dette : diverses hypothèses.*

171. *Le créancier ne doit donc pas détruire les avantages de la subrogation en ce qui concerne les priviléges et hypothèques, à peine d'être non recevable dans sa demande contre la caution : droit ancien à cet égard, et comment doit être entendu l'article 2037 du Code.*

172. *Les endosseurs de lettres de change et billets à ordre et les donneurs d'aval, qui ont payé l'effet, sont subrogés de plein droit à l'action du porteur contre tous ceux qui leur devaient la garantie, pourvu qu'ils aient rempli les formalités prescrites par la loi.*

173. *La subrogation légale a même lieu au profit de ceux qui payent l'effet par intervention, à la charge de remplir les devoirs du porteur.*

174. *Renvoie* suprà *quant aux acquéreurs, légataires ou donataires à titre particulier d'immeubles hypothéqués, qui y ont payé les dettes hypothécaires.*

175. *Celui des héritiers ou autres successeurs à titre universel, qui par l'effet de l'hypothèque a payé au delà de sa part dans la dette commune, est subrogé aux droits du créancier contre ses cohéritiers ou co-*

ART. Ier.

Observations préliminaires.

108. On entend ici par subrogation, une fiction de droit qui fait entrer une personne dans la place d'un créancier, pour exercer ses droits quant à sa créance.

C'est une substitution d'une personne à une autre, relativement à cette créance et aux droits même réels ou hypothécaires, qui y sont attachés; aussi l'appelle-t-on assez souvent *subrogation personnelle*, ou de personne à personne pour la distinguer de la subrogation *réelle*, ou d'une chose à la place d'une autre; mais il n'est point question ici de cette dernière.

109. La subrogation de personne à personne est de deux sortes: la conventionnelle est celle qui résulte de la seule disposition de la loi (Art. 1249.) La différence n'est toutefois que dans la source ou la cause de la subrogation elle-même, et non dans les effets, qui sont les mêmes en général, de quelque cause qu'elle dérive, pourvu que ceux de la conventionnelle n'aient point été restreints par quelque stipulation particulière, ou par la forme de la convention par laquelle on l'a consentie.

110. Quelques auteurs, tels que Renusson (1)

(1) Cet auteur a fait un traité spécial de la matière des subrogations, que l'on peut lire avec fruit.

regardent comme une subrogation le fait d'acceptation d'une succession, attendu, disent-ils, que *nihil aliud est hæreditas, quàm successio in universum jus quod defunctus habuit*. L. 24, ff. *de regul. juris*. C'est la subrogation ou substitution d'une personne à une autre, pour tout ou partie des droits de celle-ci, et en même temps de ses obligations. Mais ce n'est point non plus de cette espèce de subrogation qu'il s'agit dans le titre que nous expliquons. En matière de succession aussi, dans les cas où il y a lieu au bénéfice de la représentation, on peut dire que le représentant est subrogé au représenté; car la représentation est une fiction de la loi qui fait entrer une personne dans la place et dans le degré d'une autre personne, à l'effet d'exercer les droits qu'elle aurait eus dans une succession, si elle eût survécu à celui de l'hérédité duquel il s'agit. (Art. 739.)

111. Ces auteurs disent aussi que quand il y a subrogation de personne à personne pour l'universalité ou quote-part des biens, une chose est facilement subrogée à une autre; mais ils tiennent pour principe que, hormis ces cas, la subrogation n'a lieu qu'en vertu d'une stipulation ou d'une disposition particulière de la loi, soit qu'il s'agisse de créances, soit qu'il s'agisse de choses corporelles, c'est-à-dire, de subrogation réelle.

Ainsi, suivant les lois 70, § 3, 71 et 72, ff. *de legatis* 2°, si un héritier, chargé par le testateur de restituer, à sa mort, ce qui restera de l'hérédité, *quod supererit*, a vendu certaines choses de cette hérédité, et, du prix qui en est provenu, en a acheté d'autres, ces dernières choses sont comprises dans la substitution fidéicommissaire. Le Code nous fournit un exemple d'une semblable subrogation : d'après l'art. 132, si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée après l'envoi en possession définitif, il recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui ont été aliénés, ou *les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix des biens vendus*. Les biens acquis sont ainsi subrogés à ceux qui ont été vendus.

Au lieu que lorsqu'il ne s'agit que de choses non dépendantes d'une universalité de biens, la subrogation n'a pas lieu, si une loi spéciale ne l'a établie pour le cas qui se présente. Ainsi, suivant la loi 8 au Code *si quis alteri sibi*, etc., *Quod ex meâ pecuniâ ab alio emptum est, non est meum*. D'après la loi 4 au Code, *commun. utriusque jud.*; *Quod ex pecuniâ communi emptum est, non est commune*. De même, *Quod ex re furtivâ redigitur, furtivum non esse nemini dubium est*; L. 48, § *ult.* ff. *de furtis*. Et *Nec dotalis quæ ex re dotali provenit;* L. 12 au Code *de jure dotium*, et art. 1553 du Code civil. Enfin, *Res ex nummis pigneratis empta, non est pignerata ob hoc solum quod pecunia pignerata erat;* L. 7, § 1, ff. *qui potiores in pign. habeantur.*

Le droit romain contenait néanmoins quelques exceptions, introduites en faveur de certaines personnes, par exemple, *Si empta esset ex pecuniâ militis*, L. 8, Cod. *de rei vindic. Vel ex pecuniâ pupulli aut adulti;* L. 3 au Code, *arbitrium tutel.*, et L. 2, ff. *quando ex facto tut.* Dans ces cas, il y avait subrogation de la chose acquise à la somme qui avait servi à la payer.

112. L'article 747 du Code civil subroge à la chose donnée par l'ascendant au descendant mort sans postérité, et aliénée par ce dernier, le prix de la vente, lorsqu'il est encore dû à la mort du donateur.

Et pareille disposition se retrouve dans l'article 766, au profit des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel. Ce sont là des cas de subrogation réelle. Il en est encore quelques autres : par exemple, l'héritage échangé contre l'immeuble dotal est subrogé à l'ancien. (Art. 1559.)

Il en est de même de celui qui est acquis avec les deniers dotaux, si toutefois la condition de l'emploi a été stipulée par le contrat de mariage. (Art. 1553.)

Pareillement, les biens acquis avec les deniers provenant d'une substitution sont grevés de restitution. (Art. 1066, 1067 et 1069 analysés.)

Enfin, cela a lieu également dans les cas d'échange ou d'acquisition, ou remploi d'immeubles propres de communauté. (Art. 1407, 1434, 1435.)

113. Dans le droit romain, ce que nous ap-

pelons *subrogation* était tantôt une cession des actions du créancier à une autre personne ; tantôt la simple succession de cette personne à la place du créancier quant à sa créance, ses priviléges et hypothèques, mais sans cession ; quelquefois l'effet d'une convention intervenue entre un débiteur et quelqu'un qui lui prêtait des deniers pour payer un créancier hypothécaire; enfin, dans certains cas, la justice elle-même, au refus du créancier de céder ses actions à une personne, lorsque l'équité cependant le demandait, le forçait à faire cette cession.

C'était quatre causes de subrogation ou de substitution d'une personne à la créance et aux droits d'une autre, relativement à cette créance.

Ainsi, 1° lorsqu'un créancier, en recevant son payement de l'un des débiteurs solidaires, ou du fidéjusseur, lui cédait ses actions contre les autres codébiteurs, ou contre le débiteur principal, le cessionnaire prenait la place du créancier, et pouvait exercer l'action de celui-ci, ainsi que les priviléges et hypothèques qui étaient attachés à la créance. Il était assimilé à un acheteur de droit. Et si le créancier voulait contraindre le fidéjusseur à payer pour le débiteur principal, ou un codébiteur solidaire à payer toute la dette, sans vouloir lui céder ses actions, il pouvait être écarté dans sa demande par l'exception *cedendarum actionum.* Cette exception n'était pas, il est vrai, fondée sur le droit pur, car le créancier ne s'était point soumis à céder ses actions, mais elle était fondée sur l'équité (1), ce qui avait suffi pour qu'elle fût admise par le droit prétorien. Le Code civil a même rendu cette cession inutile, en établissant la subrogation de plein droit au profit du codébiteur solidaire ou de la caution qui a payé la dette (1251-3°, et autres).

2° Le créancier hypothécaire qui payait un autre créancier ayant hypothèque sur la même chose, et antérieurement à lui, était mis au lieu et place de celui-ci par le fait seul du payement, sans qu'il fût besoin de cession de la part du créancier payé. Cela s'appelait *successio in locum prioris creditoris* (2) ; c'était une subrogation de plein droit, et le Code civil en a fait pareillement un cas de subrogation légale, ainsi qu'on le verra dans la suite.

3° Le droit romain autorisait un débiteur qui empruntait une somme pour payer un créancier hypothécaire, à consentir au prêteur une hypothèque semblable, quant au rang et aux effets, à celle du créancier payé, pourvu toutefois que la chose fût encore dans sa main (3). Cela était considéré comme une *succession* du prêteur de deniers au lieu et place du créancier. Et les effets, quant à l'hypothèque, étaient les mêmes que s'il y avait eu cession d'action, quoique cette espèce de subrogation n'eût certainement point pour principe le consentement du créancier, mais bien seulement celui du débiteur et du prêteur : aussi ne disait-on pas que c'était la même hypothèque, mais une hypothèque semblable. Cette subrogation, qui, par ce motif, a éprouvé quelque opposition à être admise dans le droit français, a été aussi adoptée par le Code comme subrogation conventionnelle. Nous en développerons bientôt les règles et les conditions.

Enfin, 4° lorsqu'un créancier refusait de céder ses actions à un tiers, et que quelque circonstance particulière demandait cependant qu'il le fît, le tiers pouvait recourir à la justice pour obtenir une cession forcée. On trouve des exemples de ces cas dans la loi 57, ff. *de legatis* 1°, et dans la loi 23, ff. *de peculio legato* (4).

M. Toullier, qui confond cependant toujours, et à dessein, le payement avec subrogation et le transport-cession, dit que nous ne connaissons point dans notre droit cette subrogation judi-

(1) *Istud jus et exceptio cedendarum actionum, non fundatur nec debetur stricto jure, sed ex æquitate, et specialiter ex illà æquitate, ut id saltem, is qui petit solutionem, consequatur quod sine dispendio cedentis futurum est.* Dumoulin, *de usuris*, quæst. 89, n° 672.

(2) Voyez au Digeste, le titre *qui potiores in pignore vel hypothecà habeantur*, et *de his qui in priorum creditorum locum succedunt;* et au Code, celui *de his qui in priorum creditorum locum succed.*

(3) *Voyez* la L. 2, ff. *de pignorat. act.* ; nous verrons plus tard si cette condition est de rigueur sous le Code civil.

(4) *Voyez* aussi Renusson, traité *de la subrogation*, chap. 2, n° 17, et chap. 9, n° 10.

ciaire, et que les juges qui ordonneraient à un créancier de subroger une personne à son action sur une autre, commettraient un excès de pouvoir, attendu qu'il n'y a de subrogation qu'en vertu d'une convention ou d'une disposition de la loi, et que le Code n'a point reproduit les décisions des lois romaines touchant cette subrogation. Mais cet auteur s'est évidemment mépris dans son propre système, suivant lequel *cession* et *subrogation* ne diffèrent en rien au fond, ne diffèrent que comme la cause et l'effet, car l'art. 1303 consacre au contraire positivement le principe de la *cession forcée;* et l'on en trouve un exemple spécial dans l'art. 1935.

114. Le mot *cession* a été employé généralement par les anciens jurisconsultes français, tantôt pour signifier un transport, une vente ou un abandon des droits et actions du créancier à une autre personne; tantôt pour signifier ce que nous appelons payement avec subrogation; et Dumoulin confond presque toujours ces deux opérations, parce qu'effectivement leurs résultats sont les mêmes, du moins généralement. Mais le Code civil ne donne le nom de *cession*, de *transport* ou de *vente*, qu'à l'opération par laquelle une personne acquiert, dans son intérêt, et moyennant un prix, ou à titre gratuit, la créance d'une autre personne: et il donne le nom de *cessionnaire* à la première, et celui de *cédant* à la seconde (art. 1689 et suivants); tandis qu'il appelle *subrogation* ou *payement avec subrogation,* l'opération par laquelle un tiers, en payant la dette d'un autre, a principalement en vue de libérer ce dernier envers son créancier, ce qui toutefois n'est pas un payement parfait de la dette, puisqu'elle subsiste toujours comme dette.

Il est certain que dans toute cession d'actions et de droits, dans toute vente, transport et abandon de ces droits et actions, à quelque titre qu'ils aient lieu, il y a subrogation, c'est-à-dire, substitution d'une personne à une autre pour l'exercice de ces mêmes droits et actions (article 1692) : c'est l'effet relativement à la cause. Mais, en sens inverse, dans toute subrogation, ou si l'on veut dans tous les cas où il y a subrogation, il n'y a pas cession d'action, même supposée. Ainsi il n'y a pas cession d'action, même supposée, dans la subrogation qui s'opère par la seule volonté du débiteur; et il n'y a réellement cession d'action que dans les seuls cas où la subrogation est consentie par le créancier à un tiers qui le paye, et encore cette cession n'a-t-elle point tous les effets de la cession-transport, vente ou don d'action, parce que l'opération principale que les parties se sont proposée, c'était le payement de la dette : l'on verra même, dans la suite de l'analyse de la matière, qu'il peut y avoir quelques différences dans les effets de l'une et l'autre opérations, et résultant principalement de l'intention des parties. Et quant aux cas de subrogation légale, si l'on y veut voir une cession d'action, c'est en supposant que la loi elle-même fait l'office du créancier, et cède à sa place ou pour lui les actions et droits qu'il avait : on procède alors par fiction, mais cette fiction ne serait pas dépourvue de fondement.

115. Il faut au surplus se garder de confondre la subrogation, même opérée par cession ou consentement du créancier, avec la novation opérée, soit par changement de créancier, soit par changement de débiteur.

En effet, elle diffère de la novation opérée par changement de créancier et dans la manière dont se font les deux opérations, et dans les résultats. Dans la manière dont se font les deux opérations, en ce que la subrogation peut avoir lieu sans le consentement de celui contre qui elle sera exercée, c'est-à-dire du débiteur, lequel se trouve obligé envers le subrogé comme il l'était envers le subrogeant; tandis que le débiteur n'est obligé envers le nouveau créancier par la novation, qu'autant qu'il l'a agréé pour son créancier à la place de l'ancien, envers lequel il se trouve déchargé. Dans les résultats, en ce que la subrogation a pour objet de donner au subrogé ou nouveau créancier les mêmes droits, actions, priviléges, hypothèques et cautionnement qu'avait le subrogeant ou ancien créancier; au lieu que la novation a pour effet d'éteindre tous ces droits, en leur substituant une autre obligation et une autre action.

La subrogation diffère de la novation opérée par le changement du débiteur, non pas sans

doute en ce que le consentement du débiteur actuel soit plus nécessaire pour la novation que pour la subrogation, car si le créancier peut recevoir son payement d'un tiers, même malgré le débiteur, il peut, par la même raison, recevoir du tiers son engagement sans le consentement de ce débiteur, et libérer par ce moyen celui-ci, puisque la nouvelle obligation éteint la première. Mais elle en diffère précisément en ce sens que le débiteur actuel est libéré de sa dette d'une manière absolue dans le cas de novation, sauf à indemniser, s'il y a lieu, le nouveau débiteur qui l'a libéré; tandis que, dans le cas de subrogation, il n'est seulement libéré qu'envers son créancier, mais non de la dette, qui subsiste réellement toujours avec tous ses accessoires, nonobstant le payement qui a eu lieu; il a seulement changé de créancier, comme dans le cas de transport-cession.

Enfin il ne faut pas non plus confondre le payement avec subrogation, ni aucun cas de subrogation quelconque, avec la délégation opérant ou non novation. Dans la délégation opérant novation, parce que le créancier, en recevant de son débiteur un autre débiteur qui s'oblige envers lui, a déclaré expressément décharger son débiteur actuel, le consentement de ce dernier est évidemment nécessaire pour que la délégation s'opère, puisque c'est lui qui donne le délégué pour s'obliger à sa place; tandis que le consentement du débiteur n'est point requis dans la subrogation, si ce n'est dans un seul cas, que nous exceptons quant à ce point. Dans la délégation, l'action du créancier contre le débiteur est éteinte (1), au lieu que dans le cas de subrogation elle subsiste toujours. Et dans la délégation simple ou sans novation il y a également consentement de la part du débiteur délégant, mais la créance n'est pas plus éteinte que dans le cas de subrogation; seulement le créancier a un débiteur de plus, le délégué, qui s'est obligé envers lui.

Toutes ces distinctions seront successivement développées; maintenant nous ne nous occupons que de la subrogation. Nous parlerons d'abord de celle qui résulte d'une stipulation intervenue entre le tiers et le créancier, ou entre le tiers et le débiteur; ensuite de la subrogation légale; et enfin des effets de la subrogation en général.

(1) Sauf le recours du créancier contre lui, dans le cas où le délégué se trouvait en faillite ouverte ou en déconfiture au moment de la délégation. (Art. 1276.)

Art. II.

De la subrogation conventionnelle.

116. La subrogation conventionnelle a lieu dans deux cas : dans l'un, par l'effet d'une convention intervenue entre le créancier et le tiers qui paye la dette; dans l'autre, par l'effet d'une convention intervenue entre le débiteur et un tiers qui lui prête des deniers pour se libérer envers son créancier.

L'article 1250 statue en ces termes sur le premier cas : « La subrogation conventionnelle » a lieu lorsque le créancier, recevant son » payement d'une tierce personne, la subroge » dans ses droits, actions, priviléges ou hypo- » thèques contre le débiteur. Cette subroga- » tion doit être expresse et faite en même » temps que le payement. »

Et, en effet, si le payement était fait purement et simplement, la créance se trouvant alors éteinte, le créancier n'aurait plus ensuite à subroger qui que ce fût; il n'aurait plus à céder à des tiers des actions évanouies. *Modestinus respondit : Si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causâ tutelæ debeatur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint; nihil eâ cessione actum, cùm nulla actio superfuerit.* (L. 76, ff. *de solut.*)

Il en serait ainsi, et par le même motif, si la dette ayant été soldée par le débiteur, celui-ci, dont les affaires seraient dérangées, voulait la faire revivre, en supprimant la quittance qui lui a été donnée, afin de faire passer à quelqu'un qu'il chercherait à favoriser, ou à quelqu'un aposté par lui et qui lui remettrait une somme par dessous main, la subrogation aux droits du créancier déjà payé : tous ceux qui auraient intérêt à critiquer cette subrogation, et même à soutenir que la dette est absolument éteinte, pourraient prouver par tous les moyens de droit qu'en effet il y a eu payement, et, par suite, extinction de la dette.

Et dans le cas même où le payement aurait été fait par un tiers si, en réalité, il avait eu lieu avec des deniers appartenant au débiteur, ou dus à celui-ci par le tiers, on pourrait également critiquer la subrogation qui aurait été consentie à ce dernier, et prétendre que la dette est entièrement éteinte; que l'opération a été le résultat d'un concert entre le débiteur et le tiers, dans la vue de favoriser celui-ci au détriment des autres créanciers ou des cautions.

Mais lorsque le payement est fait de bonne foi par un tiers, de ses deniers, la subrogation n'en a pas moins lieu, quoique l'on n'ait pas passé alors un acte pour la constater, si toutefois le tiers, en faisant le payement, l'a fait sous la condition expresse que la subrogation lui serait ensuite consentie par acte. Il est possible, en effet, qu'un payement ait lieu dans un moment où l'on ne peut dresser un acte en forme pour le constater et pour stipuler la subrogation; et cependant, s'il est constant que ce payement n'a été fait que sous la réserve de la subrogation, cette réserve doit produire tous ses effets (1). C'est aussi ce que décide le jurisconsulte Modestin dans la loi ci-dessus : *Quod si antè solutionem hoc factum est, vel cùm convenisset*, UT MANDARENTUR ACTIONES, *tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est salvas esse mandatas actiones, cùm novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quàm actio quæ fuit perempta videatur*. Le payement est, en effet, le prix des actions cédées, puisque c'est dans cette vue qu'il a été fait (2).

117. Si, au contraire, le tiers a payé sans se faire consentir la subrogation, et si la loi ne le subroge point, la créance se trouve alors absolument éteinte, et avec elle les priviléges, hypothèques ou cautionnements qui y étaient attachés; et le tiers qui l'a soldée n'a contre le débiteur que l'action *mandati*, s'il avait reçu de lui mandat pour le payer, ou l'action *negotiorum gestorum*, s'il a fait le payement de son propre mouvement. Au lieu que dans le payement avec subrogation, le tiers a, outre l'action de gestion d'affaires, car il a libéré le débiteur envers le créancier, l'action qu'avait ce dernier, par conséquent avec les priviléges, hypothèques et cautionnements qui y sont attachés; et c'est là le grand avantage de la subrogation (3).

118. La subrogation doit être expresse, c'est-à-dire, sans qu'il y ait incertitude à cet égard; mais il n'y a pas de termes sacramentels pour cela. Ainsi, il y a aussi subrogation s'il est dit dans l'acte de payement ou quittance, que *le créancier met à son lieu et place* M. un tel, qui lui fait le payement de sa créance sur un tel; ou s'il est dit qu'il *le substitue à ses droits, qu'il les lui cède, transporte, abandonne*. Il en est de même s'il est dit *qu'il*

(1) * La subrogation peut même être consentie avant le payement. (Amiens, 13 avril 1825; Dalloz, 20, 473. — *Contrà*, Colmar, 13 janvier 1832; Sirey, 33, 105.)

(2) * Voyez *Contrà*, Grenoble, 30 juin 1835; Sirey, 36, 2, 145; Toullier, 7, nº 116; Domat, *Lois civiles*, liv. 4, tit. 1er, sect. 1re, nº 9; Renusson, *Traité de la subrogat.*, chap. 12, nº 18; Favard, *Rép.*, vº *Subrogation*. (Cass., 30 juillet 1838, Sirey, 38, 1, 673.)

(3) Nous ne croyons pas, au surplus, ainsi qu'on l'a dit, que par le payement avec subrogation le tiers acquière simplement, outre l'action *negotiorum gestorum* contre le débiteur, les priviléges, hypothèques et autres accessoires ou avantages attachés à l'action du créancier payé, mais que cette action elle-même est éteinte : que la dette au fond ne subsiste plus, parce qu'il y a *payement* : cela serait contraire aux vrais principes du droit. Si l'obligation était réellement éteinte par ce payement, tous les accessoires le seraient par cela même, attendu qu'il n'y a pas d'accessoire sans principal, et qu'on ne peut supposer, sans faire violence à ces mêmes principes, que les priviléges et hypothèques attachés à l'action du créancier passent à l'action de gestion d'affaires, ou, ce qui revient au même, que c'est avec cette action que le tiers exerce les priviléges et hypothèques qui étaient attachés à celle du créancier. L'opération qui a eu lieu n'est pas un payement ordinaire, ayant effet d'éteindre purement et simplement la dette : c'est un payement avec des effets restreints, suivant l'intention de celui qui l'a fait, et de celui qui l'a reçu, et seulement pour désintéresser celui-ci. Et ce n'est pas non plus un transport proprement dit, parce que leur volonté n'a point été d'en opérer un, mais bien seulement de libérer le débiteur envers son créancier : d'où il suit que, outre l'action *negotiorum gestorum*, le tiers a réellement, par l'effet de la subrogation, l'action même qu'avait le créancier, avec tous les accessoires qui y étaient attachés; mais cependant sans pouvoir demander au débiteur au delà de ce que pourrait lui demander au simple gérant, puisque son but a été de faire l'affaire de ce débiteur. Nous reviendrons au reste bientôt sur ce dernier point.

le substitue, ou *subroge à sa créance* ou *à son billet;* car le subroger au billet, c'est le subroger à la créance qui y est renfermée.

Mais il n'y a pas subrogation s'il est simplement dit que le créancier *a reçu d'un tel le payement de sa créance sur un tel, à par celui-ci recourir contre ce dernier* ou *à se faire rembourser,* ou *tenir compte,* et autres phrases analogues. Ces mots ne l'expriment point, et la subrogation doit être *expresse ;* elle ne s'induit pas de l'intention présumée.

119. Mais la subrogation consentie d'une manière générale *aux droits* du créancier, *à son action, à sa créance*, comprend par cela même les priviléges, hypothèques, cautionnements et autres accessoires et avantages attachés à la créance. En disant qu'il y a subrogation conventionnelle, lorsque le créancier, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans *ses droits, actions, priviléges et hypothèques* contre le débiteur, l'art. 1250-1° n'entend point, par cette énumération, exiger que ces droits soient spécifiés, pour qu'ils passent au subrogé; il exprime seulement l'effet de la subrogation. Aussi s'étend-elle au cautionnement, dont il n'est parlé que dans un article postérieur (1252). L'expression *droits, actions*, comprend tout. Elle comprendrait tout, lors même qu'elle serait employée au singulier, et qu'il serait simplement dit à *mon droit*, à *mon action*, à *ma créance contre un tel.* La mention du nom du débiteur n'exclurait pas les priviléges et hypothèques, bien que, en général, les priviléges et hypothèques aient plutôt effet contre les tiers que contre le débiteur lui-même; elle n'exclurait même pas le cautionnement, quoique l'action du créancier contre le débiteur ne soit pas celle qu'il a contre la caution : la preuve de la justesse de cette décision se trouve dans l'article 1252 précité.

120. Et quant à la subrogation, lorsqu'elle est consentie, il est indifférent qu'il soit dit dans l'acte de payement ou quittance, que le tiers paye au nom du débiteur ou en son propre nom; ou qu'il ne soit fait aucune déclaration positive à ce sujet. Le créancier, sans doute, ne peut, comme nous l'avons expliqué sur l'article 1236, être contraint à subroger le tiers, parce que ce serait être forcé, sans motif, de lui vendre en quelque sorte sa créance; et l'on ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique (art. 545) : mais s'il veut lui consentir la subrogation, rien ne s'y oppose, puisqu'il peut lui vendre son droit.

121. Nous disons que le créancier, consentant la subrogation au tiers, lui vend en quelque sorte sa créance; et, en effet, la subrogation a entre le tiers subrogé et le débiteur les résultats généraux de la vente de la créance ou du transport-cession : dans l'un comme dans l'autre cas, le débiteur reste toujours débiteur, et de la même dette; les priviléges, hypothèques et cautionnements, s'il y en a, subsistent dans les deux cas; et dans tous deux, il y a seulement changement de créancier, sans toutefois pour cela qu'il y ait novation, car c'est toujours la même dette : aussi les lois romaines disent-elles, au sujet d'un créancier qui reçoit son payement d'un autre que de son débiteur, en cédant ses actions à celui qui le paye, *non enim in solutum accepit, sed quodammodò nomen debitoris vendidit.* (L. 36, ff. *de fidejuss. et mand.*)

122. Cependant il y a cette différence (1) entre le cas du payement avec subrogation et la vente de la créance ou cession proprement dite, que dans la vente, bien que le prix ne soit pas ordinairement du montant de la créance vendue, parce que celui qui achète une créance, l'achète pour faire un bénéfice, néanmoins le débiteur n'en devra pas moins lui payer la somme totale de la dette (2) : à moins toutefois que la créance

(1) Nous en signalons une autre plus loin, relativement à l'application de l'art. 1252, dernière disposition.

(2) Il existe sur ce point une loi du 11 frimaire an VI, qui porte, article 11 : « que la réduction, d'après l'échelle du papier-monnaie n'est pas applicable, 1° aux » simples cessions et transports de dettes; 2° aux endossements d'effets négociables; 3° aux délégations et indications de payement, même aux délégations acceptées. » Dans tous les cas, sauf les exceptions légales, les cessionnaires ou délégataires pourront faire valoir en

ne fût litigieuse: auquel cas le débiteur pourrait se faire tenir quitte moyennant le remboursement du prix de la cession, avec les frais et loyaux coûts, et les intérêts à compter du jour où le cessionnaire aurait payé le prix de ladite cession. (Art. 1699.)

Au lieu que, dans le cas d'un simple payement avec subrogation, si le tiers qui a payé la dette n'eût payé qu'une somme inférieure à son montant, et eût cependant reçu une quittance du total, parce que le créancier a cru devoir faire une remise, il ne pourrait ensuite exiger du débiteur que ce qu'il aurait réellement déboursé, attendu qu'en payant il a fait l'affaire du débiteur, et non la sienne; il n'est pas censé avoir voulu faire un bénéfice comme un acheteur de créance entend en faire un. Or, en matière de gestion d'affaires, il n'est rien dû au gérant au delà de ses déboursés et des intérêts de ses avances; et le *payement*, même avec subrogation de la dette d'un autre, sans mandat du débiteur, est un cas de gestion d'affaires. Le créancier serait censé avoir voulu faire remise du surplus au débiteur, plutôt qu'avoir voulu en faire profiter le tiers.

Cela est surtout particulièrement vrai dans le cas où la personne à qui le payement serait fait n'aurait pas, pour quelque cause, qualité pour faire vente ou cession de l'action au tiers, quoiqu'il eût d'ailleurs qualité pour recevoir de lui le payement; et tel est notamment le cas qui a été jugé par la cour de Paris, et ensuite par la cour de cassation (1), entre M. le prince de Talleyrand et le sieur Bellanger. Il a été décidé, dans cette affaire, que le sieur Bellanger, qui avait fait, *en acquit et décharge de M. de Talleyrand,* au receveur des domaines, le remboursement en assignats, alors de peu de valeur, d'une rente foncière de 3,071 livres, dont ce dernier était débiteur envers l'État, ne pouvait exiger de M. de Talleyrand que le montant de ses déboursés réduits suivant l'échelle de proportion, parce qu'il n'avait fait qu'un simple payement de la dette d'autrui avec subrogation; et qu'il avait d'autant moins acquis une cession proprement dite de la créance, ou un transport, que le receveur de la régie n'aurait même pu le lui consentir.

Il faudrait toutefois, dans les cas ordinaires, s'attacher à l'intention qu'avaient le tiers et le créancier lors de l'acte; et pour l'apprécier, dans le doute, bien peser les circonstances de l'affaire; car s'il était démontré, d'après ce qui aurait précédé et accompagné l'opération, qu'ils ont réellement entendu, l'un faire une vente, l'autre un achat de la créance, ou même simplement que c'est en faveur du tiers que le créancier a voulu renoncer à une partie de ses droits, que c'est lui qu'il a entendu faire profiter de la remise, pour l'indemniser du risque qu'il avait à courir pour le recouvrement de ses déboursés, ou pour d'autres motifs, alors on appliquerait les principes de la vente d'action, du transport proprement dit, de la cession pure, et le tiers aurait le droit d'exiger du débiteur le remboursement de la créance en son entier.

Mais cela ne se présumerait pas facilement dans le cas où l'acte porterait que c'est un *payement* de la dette qui a eu lieu, quoiqu'il y fût fait mention de la subrogation; mais en général, l'acte aurait plutôt le caractère du transport proprement dit, dans le cas où il n'y serait pas déclaré que le tiers a agi au nom et en l'acquit du débiteur, lorsqu'il n'y serait pas dit non plus que le débiteur est libéré, déchargé de la dette, quoiqu'il y fût dit d'ailleurs que le tiers a payé au créancier telle somme pour sa créance sur un tel; dans ce cas le tiers paraîtrait avoir agi plutôt pour lui-même et en son nom, comme l'on dit, qu'il ne paraîtrait avoir agi pour le débiteur, et au nom et en l'acquit de celui-ci; et à plus forte raison si cela était dit dans l'acte. Or, lorsque le tiers agit en son nom, la subro-

« entier les droits des cédants ou délégants contre les « débiteurs cédés ou délégués. »

En conséquence, si un tiers eût, dans un temps où le papier-monnaie n'avait presque aucune valeur, remboursé en papier le créancier d'une rente créée en numéraire, en se faisant consentir une cession proprement dite, il aurait aujourd'hui contre le débiteur tous les droits du créancier originaire, et pourrait d'après cela exiger le service de la rente en numéraire, suivant le taux de sa constitution, sauf les réductions que quelque loi y aurait apportées.

(1) L'arrêt de la cour de cassation est rapporté dans le *Recueil des Questions de droit* de M. Merlin, vº *Subrogation.*

gation simple ne se présume pas : l'art. 1236 semble même s'opposer à ce qu'elle ait lieu. Mais nous avons expliqué ce qu'on doit entendre pas ces expressions de cet article, *pourvu que si le tiers agit en son nom, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.* La déclaration de subrogation qui se trouverait dans l'acte, et que nous y avons supposée, devrait donc s'entendre de la subrogation résultant de la cession proprement dite, plutôt que de celle résultant d'un simple payement de la dette fait avec convention de subrogation. Au contraire, si l'acte portait que le tiers a payé au nom et en l'acquit du débiteur, ou même simplement qu'un tel est libéré au moyen du payement fait par un tel, alors la convention de subrogation devrait s'entendre de la subrogation qui a lieu dans ce dernier cas. C'est au surplus une question d'appréciation d'acte et d'intention, par conséquent un point laissé à la sagesse des tribunaux, qu'ils décideront d'après les faits et les circonstances de la cause, lorsque les termes de l'acte seront obscurs. Leur décision à cet égard pourrait bien être réformée en appel comme un *mal jugé* au fond, mais elle sera rarement exposée à la censure de la cour suprême.

123. Le grand intérêt qu'offre la subrogation, c'est, comme nous l'avons dit, la conservation des priviléges, hypothèques et cautionnements attachés à la créance, ainsi que le droit d'exécuter sans jugement si le titre du créancier est exécutoire, et l'exercice de la contrainte par corps dans le cas où la créance emporterait la contrainte ; car si ces divers accessoires ou avantages n'existaient pas, le tiers qui a payé la dette ayant contre le débiteur l'action *negotiorum gestorum* pour être indemnisé des déboursés qu'il a faits utilement pour le libérer envers le créancier, et l'action *mandati* s'il avait reçu de lui mandat de payer la dette, le résultat serait généralement pour ce tiers le même que s'il était subrogé aux droits du créancier. Il pourrait toutefois se rencontrer encore quelques légers avantages dans la subrogation, comme serait par exemple l'élection de domicile que le débiteur se trouverait avoir faite dans l'acte qu'il a passé au profit du créancier, s'il était plus commode pour le tiers d'assigner le débiteur au domicile élu qu'au domicile réel, ainsi qu'il devrait le faire s'il n'avait contre lui que la simple action de gestion d'affaires, ou de mandat. Nous ne parlerons pas, au reste, du cas où la créance produirait intérêt, parce que nous pensons que, lors même que le tiers aurait payé la dette par pure gestion d'affaires, et sans subrogation, il n'en aurait pas moins droit aux intérêts des sommes par lui déboursées, puisque le débiteur se trouvant dispensé de payer au créancier ceux qui auraient couru sans le payement, son affaire aurait été utilement gérée en cela, et qu'il est de principe que celui dont l'affaire a été utilement administrée doit rendre parfaitement indemne le gérant : or, pour cela, il doit lui payer aussi les intérêts de ses déboursés, comme un mandant en fait raison au mandataire (art. 2001), et un débiteur à la caution qui l'a libéré, même dans le cas où le cautionnement a été donné à son insu (art. 2014, 2028 et 1155 analysés et combinés), ce qui n'est alors qu'un cas de gestion d'affaires.

124. Sur ce premier cas de subrogation conventionnelle, il faut observer que le subrogé doit, comme un cessionnaire proprement dit, ou un acheteur de la créance, notifier au débiteur le payement qu'il a fait : autrement si ce dernier venait lui-même à payer sa dette, le tiers n'aurait de recours que contre le créancier de mauvaise foi qui aurait reçu ce double payement. Mais une reconnaissance, même sous signature privée, de la part du débiteur, du payement fait par le tiers, équivaudrait, à son égard, à une notification. Il en serait même ainsi d'une reconnaissance verbale, si elle était avouée, à quelque somme que s'élevât la créance, ou si elle était prouvée par témoins, dans les cas où la preuve testimoniale serait admissible (1).

125. Il est nécessaire aussi, lorsque le payement n'est pas fait par acte authentique, que celui qui l'a fait se mette en mesure à l'égard des tiers ; car si le créancier venait ensuite à céder la créance à une autre personne, nonobstant le payement, ce qui serait surtout facile dans le cas où il aurait conservé le titre ; ou

(1) * Toullier, 7, nº 127.

bien si ses propres créanciers saisissaient la créance entre les mains du débiteur, le cessionnaire ou les saisissants pourraient méconnaître le payement, et prétendre qu'il a été fait au préjudice de leurs droits, postérieurement à la cession, ou aux saisies. En conséquence, le tiers doit le notifier au débiteur, comme un cessionnaire doit notifier son transport, ou du moins le lui faire connaître par un acte susceptible d'être opposé aux tiers, c'est-à-dire par un acte qui ait date certaine antérieure à la cession ou aux saisies.

Mais, lors même qu'on devrait décider, comme paraît le vouloir l'art. 1690, qu'en matière de transport-cession, le concessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la notification de son transport au débiteur, ou par l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique, question que nous examinerons en son lieu, nous ne pensons pas que celui qui a simplement fait un payement avec subrogation soit obligé, pour pouvoir exercer vis-à-vis des tiers les droits qui en résultent, de faire une signification au débiteur, ou de lui faire reconnaître son payement par un acte authentique. En principe, un acte sous seing privé ayant acquis date certaine, peut être opposé aux tiers comme un acte authentique (art. 1328), et la loi ne fait aucune exception à l'égard de celui dont il s'agit. En admettant que l'art. 1690 dût être entendu à la lettre, ce que, encore une fois, nous ne voulons point examiner en ce moment, sa disposition, comme exorbitante du droit commun, ne devrait pas s'étendre à un simple payement avec subrogation, puisque le Code ne le dit pas, et qu'un payement avec subrogation malgré l'affinité qu'il a avec un transport-cession, n'est cependant point un transport-cession proprement dit. Nous avons démontré qu'il y a entre eux quelques différences; et le Code d'ailleurs ne donne point le nom de cession, de vente d'action, de transport-cession, à un simple payement de la dette d'autrui avec subrogation. Un cessionnaire qui achète une créance pour faire un bénéfice, a pu être assujetti à des formalités qu'on a pu ne pas vouloir imposer à une personne qui rend simplement un bon office à un débiteur, en le libérant envers un créancier fâcheux; du moins il est permis de le croire. Il suffit donc qu'elle puisse présenter aux tiers un acte qui constate qu'elle a fait le payement dont il s'agit à telle époque.

M. Toullier (t. 7, n° 116), est toutefois d'une opinion contraire. Cet auteur assimile complétement un subrogé par consentement du créancier à un cessionnaire par transport; et comme il dit (avec l'art. 1690), qu'un cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification de son transport au débiteur, ou par l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique, il dit de même, que le subrogé ne peut faire valoir contre les tiers la créance avec les priviléges et hypothèques qui y sont attachés, qu'autant qu'il a fait signifier son payement avec subrogation au débiteur, ou qu'il le lui a fait accepter par un acte authentique, lors même que la subrogation aurait été consentie par un acte de cette nature. Mais cette opinion n'a pour elle ni la raison ni la lettre de la loi (1).

126. Le même auteur (t. 7, n° 126), dit aussi que « pour la validité d'une subrogation consentie par le créancier, ou plutôt pour la rendre parfaite, la remise des titres justificatifs de la créance est nécessaire; que cette remise est nécessaire pour rendre le subrogé propriétaire des droits cédés, et pour empêcher qu'un créancier de mauvaise foi ne les cède à une seconde personne qui serait préférée au premier subrogé, si la remise des titres lui était faite avant que le débiteur eût payé, ou avant qu'il eût accepté la subrogation, ou qu'elle lui eût été signifiée. »

Donc, *à contrario*, si le titre n'était remis à cette seconde personne qu'*après* que le débiteur aurait payé la dette, ou qu'il aurait accepté la subrogation, ou qu'elle lui aurait été signifiée, cette seconde personne ne serait pas préférée, quoique le titre n'eût pas encore été remis au subrogé, et quoiqu'il eût été remis ensuite à cette personne, ce qui est destructif de la proposition, du moins en très-grande partie. Mais comme à l'appui de cette même proposition, l'auteur professe une doctrine que nous ne saurions admettre sans de grandes restric-

(1) V. Delvincourt, 5, 369.

tions, nous croyons utile de réfuter ses raisonnements.

« La créance, dit-il, et les droits du créancier sont des choses *purement* mobilières ; et » l'art. 1141 porte que si la chose qu'on s'est » obligé de donner ou de délivrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en » possession réelle est préférée et demeure » propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date (1). Or, suivant l'art. 1607, la » tradition des droits incorporels se fait par » la remise des titres. L'art. 1689, dit également que dans le transport d'une créance, » d'un droit, d'une action sur un tiers, la tradition s'opère, entre le cédant et le cessionnaire, par la remise du titre.

» Il faut donc en conclure que le créancier » étant resté saisi de la créance avant la remise » des titres, il a pu la céder au second subrogé, » qui en devient propriétaire par cette remise. » Le premier cessionnaire ou subrogé doit » s'imputer la faute de n'avoir pas exigé une » remise nécessaire pour lui transférer la propriété, et rendre la subrogation parfaite et » irrévocable. »

Il est évident que M. Toullier a voulu prendre pour base de sa doctrine l'identité parfaite qu'il a cru avoir, même sous le Code, du simple payement avec subrogation et du transport-cession proprement dit; mais, en admettant même cette identité, que nous n'admettons toutefois pas, la doctrine de ce jurisconsulte sur ce point n'en serait pas moins fautive; car il n'est dit nulle part que, pour être saisi à l'égard des tiers, un cessionnaire ait besoin, en matière de transport de créances non commerciales, d'avoir les titres en sa possession. Ce que la loi exige, c'est la signification du transport au débiteur, ou l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique (art. 1690) : seulement elle dit que la délivrance s'opère, *entre le cédant et le cessionnaire,* par la remise du titre (art. 1689), et c'est la tradition dont veut parler l'article 1607. Plusieurs causes peuvent en effet empêcher que les titres d'une créance ne soient remis à l'instant même au cessionnaire, et cependant s'il remplit l'une des conditions prescrites par l'art. 1690, il aura fait tout ce que la loi lui prescrivait pour être saisi à l'égard des tiers, quoique le débiteur ne lui ait pas encore fait *la délivrance du titre,* c'est-à-dire de la preuve du titre de l'*instrumentum.*

Nous avouerons, du reste, qu'en matière d'effets de commerce, comme ils sont transmissibles par la voie d'un simple endossement, tant que le porteur actuel de ces effets les conserve dans sa main, et qu'ils ne sont point échus, il peut les transporter efficacement, nonobstant la cession qu'il en aurait déjà faite à une autre personne par un acte particulier, et la signification que cette personne aurait faite au débiteur, ou l'acceptation de ce débiteur, même dans un acte authentique; et il en serait de même, par le même motif, s'il s'agissait d'effets au porteur, ou d'actions, ou coupons d'action au porteur dans une société ou entreprise, transmissibles par la voie d'un simple endossement. Mais lorsqu'il s'agit d'obligations *civiles* et ordinaires, nous soutenons que, même dans le cas de transport-cession, la remise du titre n'est pas indispensable pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers; qu'il suffit qu'il fasse signifier son transport au débiteur, ou qu'il le fasse accepter par acte authentique, comme le dit l'article 1690; à plus forte raison quand il s'agit d'un simple payement avec subrogation.

C'est en effet une erreur que de prétendre que le créancier, quoique payé reste saisi de la créance tant qu'il n'a pas remis le *titre* au tiers qui lui a fait le payement; dès qu'il est payé, il n'est plus créancier : il peut bien être encore possesseur de ce qui fait la preuve de la créance, de l'*instrumentum,* mais il ne l'est plus réellement du *titre* dans la véritable acception du mot. Peu importe qu'il ait pu, comme un cédant ou vendeur de créance proprement dit, transporter avec effet la créance à une autre personne avant que celui qui a fait le payement avec subrogation l'eût fait signifier au débiteur, ou le lui eût fait reconnaître dans un acte capable d'être opposé aux tiers, c'est-à-dire dans un acte avec date certaine; car

(1) Mais l'article met une condition à cela : *pourvu que la possession soit de bonne foi.*

cela est fondé uniquement sur ce qu'il fallait prévenir les fraudes qui auraient pu facilement être commises envers les tiers, mais non pas sur ce que le créancier payé est encore considéré comme créancier, puisqu'en réalité il ne l'est plus.

Et quant à l'article 1141, invoqué aussi par M. Toullier, nous ne pensons pas qu'il soit applicable aux créances civiles ordinaires, même lorsqu'il s'agirait de cession proprement dite. En effet cet article exige, pour que le second acheteur ou donataire d'une chose mobilière soit préféré au premier, 1° qu'il s'agisse d'une chose *purement* mobilière; 2° qu'il soit en *possession réelle* de cette chose; 3° que sa possession soit de bonne foi.

Nous supposons la bonne foi dans celui à qui le créancier aurait cédé la créance après avoir reçu son payement avec subrogation au profit du tiers qui le lui a fait, quoique M. Toullier ne paraisse même pas exiger cette condition pour que le cessionnaire dût être préféré, si le titre lui avait été remis au lieu de l'avoir été au subrogé, puisqu'il n'en fait pas mention; mais pour les deux autres conditions exigées par l'article, nous ne saurions les reconnaître dans ce cessionnaire; ce qui fait que nous croyons que l'art. 1141 ne lui fournit aucun motif de préférence.

D'abord, une créance, bien qu'elle soit une chose mobilière quand elle a pour objet une chose de cette qualité (art. 529), et ordinairement il en est ainsi, n'est cependant pas une chose *purement* mobilière; car elle n'est chose mobilière que par la *détermination de la loi* (*ibid.*); or, l'art. 1141 n'emploie pas ce mot *purement* mobilière sans dessein; c'est évidemment pour que sa disposition ne soit applicable qu'aux meubles qui sont tels par leur nature, et si l'on veut aussi, aux effets au porteur, parce qu'ils sont réellement le *titre*, la créance résidant toute dans l'effet, et cet effet étant considéré comme un corps qui se transmet manuellement, comme une pièce de monnaie, si l'on peut s'exprimer de la sorte. Mais cela ne peut se dire des créances qui ne passent point d'une personne à une autre sans une cession opérée au moins par voie d'endossement; car dans celle-ci *titre, créance,* droit ou action, sont synonymes, et, par métonymie, le *titre* est pris pour la preuve du titre, en sorte qu'en possédant seulement l'*instrumentum*, on ne possède pas pour cela le titre ou la créance.

En second lieu, une créance est une chose intellectuelle, une chose incorporelle, qui n'a d'existence que par l'entendement; on ne peut donc en avoir la possession *réelle,* quoique d'ailleurs, sous d'autres rapports, on puisse être considéré comme possesseur d'une créance, ainsi qu'on le prévoit dans l'art. 1240; ce qui veut simplement dire qu'on passe pour être créancier, quoiqu'on ne le soit pas, mais ce qui ne signifie point qu'on est en possession *réelle* d'une chose mobilière par cela seul qu'on est considéré comme possesseur d'une créance.

Ainsi, l'art. 1141 ne s'applique généralement point aux meubles incorporels, et ce sont les articles 1689 et suivants qui règlent comment, par rapport au cédant, au débiteur et aux tiers, un cessionnaire devient lui-même créancier à la place du premier; comment le droit de celui-ci sort de sa personne pour passer dans celle du cessionnaire. L'art. 1141 est fondé sur cette maxime de notre droit français *en fait de meubles, la possession vaut titre* (article 2279); mais encore une fois, l'on ne possède point *réellement* ce qui n'a aucun corps (1), et une pièce d'écriture, vulgairement appelée

(1) C'est ce que nous avons déjà dit plusieurs fois, notamment au tome IV, no 596, où nous enseignons que cette maxime n'est point, en général, applicable aux choses incorporelles, quoique déclarées *meubles* par la détermination de la loi.

M. Delvincourt (tome VI, page 130), enseigne, comme nous, que l'art. 2279, dont le principe a servi, ainsi que nous venons de le dire, de base à la diposition de l'article 1141, « n'est point applicable aux choses incorporelles, quoique mobilières. » Et il dit ailleurs (tom. IV, pag. 511) : « si la donation est d'une chose incorporelle, » *puta* d'un droit de créance, d'une rente, il faut signifier la donation au débiteur de la rente ou de la créance, » et cette signification *vaut tradition même à l'égard* » *des tiers* (1690). » Ainsi, cet auteur n'exige point une remise du titre au cessionnaire pour qu'il soit saisi à l'égard des tiers; il l'est par la signification de son transport, signification qui vaut tradition; par conséquent après cette signification, c'est lui qui est en possession, et non pas un cessionnaire postérieur à cette signification, quand bien même le titre de la créance aurait été remis à ce cessionnaire, au préjudice du premier.

titre, n'est point le titre lui-même, c'est la créance qui est réellement le titre, et la pièce d'écriture est ce que les jurisconsultes romains appelaient *instrumentum ;* c'est le signe et la preuve du titre, et voilà tout. Donc l'art. 1141 n'est d'aucune application à la question, s'agît-il même d'un transport proprement dit; or, il n'est question que d'un simple payement avec subrogation. Ainsi, quand bien même le *titre*, pour nous servir de l'expression usuelle, n'aurait pas été remis au tiers qui a fait le payement, soit parce que le créancier ne l'avait pas alors, soit parce que le tiers n'a payé qu'une partie de la dette, soit pour d'autres motifs encore, le tiers n'en serait pas moins préféré à un cessionnaire postérieur, pourvu que le payement qu'il a fait fût constaté par une signification faite au débiteur, ou par une acceptation faite par celui-ci dans un acte ayant date certaine antérieure à la cession, et ce, lors même que le titre aurait été remis postérieurement au cessionnaire. Tel est du moins notre sentiment, et il paraît même que c'est aussi celui de M. Toullier, puisqu'il se borne à accorder la préférence au cessionnaire, seulement dans le cas où la remise des titres lui aurait été faite *avant* que le débiteur eût payé, ou *avant* qu'il eût accepté la subrogation, ou qu'elle lui eût été signifiée ; donc si c'est *après*, le cessionnaire n'est point préféré; donc la remise du titre au tiers qui fait le payement n'est point nécessaire « pour la validité de la » subrogation, ou plutôt pour la rendre par- » faite. » Donc c'est une erreur de dire « que » tant que cette remise n'est pas faite au tiers, » le créancier est encore saisi de la créance; » qu'il est encore créancier, et qu'il peut, à ce » titre, subroger une autre personne et lui » céder sa créance. » En réalité, il n'a plus de droits à céder, et c'est même une contradiction palpable dans la doctrine de M. Toullier.

127. Par voie de conséquence de ce qui a été dit tout à l'heure, nous déciderions de même que le subrogé pourrait se prévaloir de la subrogation vis-à-vis d'un cessionnaire postérieur ou de créanciers saisissants également postérieurs, quoiqu'il n'eût fait faire ni signification au débiteur, ni acceptation de la subrogation, si l'acte qui la constaterait était authentique, ou même sous seing privé, mais capable de pouvoir être opposé aux tiers, c'est-à-dire, ayant acquis date certaine antérieurement à la cession ou aux saisies; car nous ne considérons que le fait de subrogation opérée à telle époque, et dès que ce fait est constant, il doit être indifférent aux tiers que ce soit le subrogé ou le créancier qui exerce les droits résultant de la créance. Et si l'on disait que la retenue du titre par le créancier peut donner lieu à des fraudes envers les tiers auxquels ce même créancier céderait ensuite la créance, quoiqu'il n'ait plus de droit, nous répondrions, comme nous l'avons déjà fait, que même en matière de transport-cession la loi n'exige pas, pour qu'un cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers, que, outre la signification de son transport au débiteur, ou l'acceptation du transport par celui-ci dans un acte authentique, le titre lui ait été remis : cette remise est seulement exigée pour que la délivrance s'opère *entre le cédant et le cessionnaire*. Mille causes peuvent en effet s'opposer à ce que les titres ne soient pas remis sur-le-champ à un cessionnaire; et cependant celui-ci a intérêt et droit de faire les actes qui peuvent attester aux yeux des tiers qu'il est maintenant au lieu et place du créancier, que la créance réside actuellement en sa personne. Ces fraudes sont d'ailleurs également possibles dans les actes d'aliénation de choses corporelles, même immobilières, dans les ventes, par exemple, et cependant la loi s'attache uniquement à l'antériorité des titres.

128. Le débiteur peut opposer au tiers qui a payé la dette avec subrogation, les exceptions et fins de non-recevoir qu'il pourrait opposer au créancier, si c'était celui-ci qui le poursuivît. Il peut même lui opposer la prescription si elle se trouve acquise au moment où il est actionné par lui, quoiqu'elle ne le fût pas encore à l'époque où le tiers a payé la dette. Par exemple, si j'ai payé en l'acquit d'un débiteur de rentes les arrérages d'une année, alors échus depuis quatre ans, et que je n'exerce mon action en répétition qu'après plus d'un an depuis le payement, le débiteur pourra m'opposer la prescription de cinq ans établie par

l'article 2277, attendu qu'il eût pu l'opposer au créancier lui-même, si celui-ci ne lui eût demandé qu'à la même époque le payement de ces arrérages, et que ce sont les droits du créancier que j'exerce au moyen de la subrogation. La cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 18 octobre 1809 (1), même dans l'espèce d'un payement fait par un tiers sans subrogation, et sans mandat de la part du débiteur, où, par conséquent, le tiers n'avait que la simple action *negotiorum gestorum*. Il est bien vrai que cette action n'est pas soumise à une prescription particulière, qu'elle dure trente ans, et qu'il suffit, pour qu'elle ait lieu, que l'affaire gérée par le tiers ait été utilement administrée pendant un temps quelconque, lors même que l'utilité serait venue ensuite à cesser (L. 10, § 1, ff. *de negotiis gestis*); et dans l'espèce, l'affaire avait été utilement gérée, puisqu'il y avait dette. Mais, d'un autre côté, il est vrai de dire aussi que le débiteur ne doit pas être, par l'effet du payement opéré sans son aveu, d'une condition pire que si ce payement n'avait pas eu lieu; or, s'il n'eût pas eu lieu, le débiteur pourrait aujourd'hui opposer la prescription au créancier; il n'a donc pas dû dépendre de moi de changer d'une manière aussi sensible sa position; il faudrait du moins, pour qu'il en dût être autrement, que le débiteur eût, lors du payement, un intérêt bien marqué à ce qu'il fût fait par le tiers, parce que le créancier le poursuivait en ce moment, ou allait le poursuivre : dans ce cas, en effet, nous croyons que la durée de l'action en recours du tiers agissant par simple action de gestion d'affaires, ne serait pas nécessairement mesurée sur le temps qui restait au créancier pour réclamer le payement; les circonstances de la cause, au contraire, donneraient lieu aux tribunaux d'accueillir l'action en recours pendant toute la durée ordinaire de l'action de gestion d'affaires, c'est-à-dire pendant trente ans. Mais, même dans ces cas, si le tiers agissait en vertu de la subrogation, parce qu'il y aurait des priviléges ou hypothèques, ou un cautionnement dont il voudrait profiter, la prescription pourrait lui être opposée, si elle pouvait l'être alors au créancier payé, dont il exercerait l'action et les droits; car il serait simplement au lieu et place de ce créancier, par conséquent passible d'une prescription qui pourrait alors lui être opposée.

(1) Sirey, 1810, 1, 57.

129. Le second cas de subrogation conventionnelle, d'après l'art. 1250, est celui où le débiteur emprunte une somme d'un tiers à l'effet de payer son créancier, soit parce que celui-ci, dont la créance est échue, exige son payement, soit parce que le débiteur trouvera des conditions plus douces dans l'obligation qu'il va contracter envers le prêteur, par exemple, parce que les intérêts seront moins forts. On a fait surtout usage de cette subrogation lorsque le taux des rentes et des intérêts a été diminué par quelque nouvelle loi.

130. Un édit. de Charles IX, de 1576, avait fixé au denier douze, c'est-à-dire à un denier pour douze par année, le taux des rentes et intérêts, ce qui était un taux beaucoup trop élevé; mais les guerres civiles avaient détruit le crédit et rendu l'argent très-rare.

En 1601, Henri IV réduisit le taux des rentes au denier seize. Les débiteurs trouvèrent alors un grand avantage à se libérer des rentes dont ils étaient chargés, et à en créer de nouvelles à la place; mais pour cela, il fallait trouver des prêteurs, et leur donner les mêmes sûretés qu'aux anciens créanciers : le moyen le plus simple fut d'emprunter et de subroger les prêteurs aux priviléges et hypothèques de ces créanciers; et comme ceux-ci ne se souciaient point de recevoir leur remboursement, et, en conséquence, ne voulaient pas consentir la subrogation aux prêteurs, on admit, à l'exemple du droit romain, que le débiteur pourrait les subroger sans avoir besoin pour cela du consentement du créancier; et l'usage de cette subrogation s'est étendu dans la suite à tous les cas où le débiteur avait intérêt à se libérer envers son créancier.

Mais, pour que cette subrogation ait lieu, il faut, 1° « que le débiteur emprunte une » somme à l'effet de payer sa dette et de » subroger le prêteur dans les droits du créan» cier; 2° que l'acte d'emprunt et la quittance » soient passés devant notaires; 3° que, dans

» l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme » a été empruntée pour faire le payement; » et 4° que, dans la quittance, il soit déclaré » que le payement a été fait des deniers four- » nis à cet effet par le nouveau créancier. » (Art. 1251.)

131. Du reste, comme nous l'avons dit, cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier. (*Ibid.*)

S'il ne voulait pas recevoir le payement, ou donner la quittance en cette forme, le débiteur peut lui faire des offres à la charge de la donner, et, à son refus de les recevoir, il fait dresser procès-verbal, consigne les espèces, et la subrogation aura lieu sur le récépissé du receveur de la caisse des consignations, qui est une personne publique dans ses fonctions, comme un notaire dans les siennes. Mais il faut mentionner dans le récépissé que les deniers consignés ont été fournis au débiteur par le prêteur pour le payement de la dette dont il s'agit. Si le receveur à la caisse des consignations n'avait pas qualité pour délivrer un récépissé valant à cet égard une quittance passée devant notaires, il y aurait presque impossibilité de réaliser cette subrogation lorsque le créancier ne voudrait pas recevoir son payement, ou simplement ne voudrait pas donner quittance avec la déclaration exigée : ce qui n'a pu entrer dans la pensée du législateur. On trouve dans le *Répertoire* de M. Merlin, v° *Consignation*, n° 13, un arrêt du 25 février 1767 qui a jugé, au contraire, que la quittance donnée par le receveur des consignations produit le même effet qu'une quittance devant notaires; qu'elle opère également la subrogation en faveur des prêteurs de deniers, lorsque la déclaration est faite dans cette quittance, que les deniers ont été prêtés pour faire le payement, et que l'acte qui établit l'emprunt, et sa destination est référé et daté dans la quittance.

132. Au surplus, la déclaration ne peut avoir effet qu'autant qu'elle est faite dans la quittance elle-même : faite même au bas ou au dos de la quittance elle serait sans effet, parce qu'elle aurait eu lieu après coup, après l'extinction de la dette opérée sans subrogation valable.

133. Il n'est pas de rigueur que dans l'acte d'emprunt il soit expressément déclaré que le débiteur subroge le prêteur; l'article ne l'exige pas, comme il exige, dans sa première disposition, pour qu'il y ait subrogation par l'effet de la volonté du créancier, que celui-ci la consente expressément; il suffit, à cet égard, qu'il y soit mentionné que les deniers sont empruntés pour payer telle dette (1).

134. Les formalités ci-dessus ont pour objet de prévenir les abus et les fraudes. On a voulu empêcher que l'on ne fît revivre des dettes éteintes, pour favoriser un créancier au préjudice des autres, en lui faisant passer les priviléges et hypothèques qui étaient attachés à la créance. On a aussi pensé qu'un débiteur pourrait emprunter de plusieurs personnes pour éteindre sa dette, en leur promettant à toutes la subrogation, et employer ensuite les deniers empruntés à d'autres usages, ou ne faire passer la subrogation qu'à celle qui lui aurait prêté la dernière. Elles sont averties par la loi; aussi, dans le cas où celui qui ne veut prêter que sous la condition de la subrogation, ne serait pas bien assuré de la bonne foi de l'emprunteur, il agira prudemment s'il ne se dessaisit de ses deniers qu'au moment où le payement aura lieu; car, s'il les lui remettait auparavant, et que cet emprunteur en fît un autre emploi, ou même les fît servir à l'extinction de la dette dont il s'agit, mais recevait, en l'absence du prêteur, une quittance qui ne constaterait pas que le payement a été fait de ses deniers, la subrogation n'aurait pas lieu à son profit, comme elle n'aurait pas lieu non plus au profit de celui qui serait déclaré, dans la quit-

(1) * Il y a subrogation valable au profit de celui qui a prêté des deniers pour faire un payement, bien qu'il n'ait point été dressé acte du prêt constatant que les deniers étaient empruntés pour effectuer ce payement, si d'ailleurs cette déclaration a eu lieu ultérieurement dans la quittance authentique donnée en présence du prêteur par le créancier payé. (Brux., 25 février 1832; J. de B.; 1832, 2, 417.)

tance, seulement avoir fourni les deniers pour payer la dette.

155. Du reste, il est indifférent que ce soit le débiteur qui fasse le payement, ou que ce soit le prêteur lui-même, agissant à cet égard au nom et en l'acquit du débiteur; et comme nous venons de le dire, le prêteur agira même plus prudemment s'il ne se dessaisit pas de ses deniers avant que la quittance du créancier ne lui soit remise en bonne forme.

156. La loi ne fixe pas le temps dans lequel le payement doit être fait depuis l'emprunt; c'est qu'il était en effet impossible d'en fixer un, puisque le payement peut devoir être fait dans un lieu éloigné de celui où l'emprunt a été effectué, que le terme de la dette peut même n'être pas encore échu au moment du prêt, quand cependant le débiteur n'a pas voulu laisser échapper l'occasion de faire cet emprunt, etc., etc. En conséquence, tant qu'il ne serait pas démontré que les deniers empruntés ont été employés à un autre usage, la déclaration faite dans la quittance que le payement a eu lieu avec ces mêmes deniers, assurerait généralement la subrogation, lors même qu'il se serait déjà écoulé un long temps, par exemple six mois, entre l'acte d'emprunt et celui de payement; et la preuve de l'emploi à un autre usage ne devrait guère être admise que par des actes, et non par témoins. Mais il n'y aurait pas besoin de s'inscrire en faux contre la déclaration faite dans la quittance, parce que le notaire n'atteste rien autre chose à cet égard si ce n'est la déclaration des parties que le payement est fait des deniers empruntés à cet effet par le débiteur; or, il ne l'atteste pas *propriis sensibus;* il ne le sait, dans l'espèce, que parce qu'un autre acte le lui dit (1).

157. Cette espèce de subrogation, en ce qui concerne les priviléges et hypothèques, n'était au fond, dans le droit romain, ainsi que nous l'avons dit, qu'un consentement de la part du débiteur à ce que les biens hypothéqués au créancier le fussent au prêteur, à la place de ce dernier, payé avec les deniers prêtés; aussi, d'après la loi 2, ff. *de pignorat. actione*, lorsque le débiteur avait vendu et livré la chose engagée, il ne pouvait plus attribuer à un tiers qui lui prêtait des deniers pour payer sa dette, l'hypothèque qu'il avait donnée au créancier; et la convention qu'il avait faite à cet égard avec le prêteur était absolument sans effet, lors même qu'il eût été bien constant que le créancier avait été payé avec les deniers prêtés; car, dit le jurisconsulte Pomponius dans cette loi, le prêteur des deniers ne pouvait recevoir de l'emprunteur une hypothèque sur une chose qui n'appartenait plus à celui-ci : l'acquéreur se trouvait donc avoir la chose affranchie de l'hypothèque par le payement fait au créancier.

Mais s'il en devait être ainsi chez nous, il faudrait dire, par voie de conséquence, que la caution n'est point, sans un nouveau consentement de sa part, obligée envers le prêteur, qui serait peut-être pour elle un créancier plus rigoureux; car si le débiteur n'a pu le substituer à l'hypothèque du créancier après la vente qu'il a faite de la chose hypothéquée, sur le motif que ce serait constituer une hypothèque sur une chose qui ne lui appartient plus; par la même raison l'on peut dire qu'il n'a pas pu obliger envers le prêteur de deniers, la caution qui ne s'était obligée qu'envers le créancier; or, précisément l'art. 1252 porte que dans tous les cas de subrogation établie par les articles précédents, par conséquent dans celui dont il s'agit comme dans les autres, la subrogation a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs; et l'art. 1250 ne fait point non plus la distinction des lois romaines, touchant le cas où le débiteur consentait la subrogation à celui qui lui prêtait des deniers pour payer la dette, postérieurement à l'aliénation des biens hypothéqués : aussi pensons-nous qu'on n'a point voulu admettre cette distinction dans le Code (2).

(1)* Toullier, 7, nos 132 et 133; Paris, 11 avril 1829; Rej., 15 février 1832; Sirey, 32, 1, 792. Mais *voyez* Req., 19 avril 1831; Sirey, 31, 432.

(2) Toullier, no 154, décide le contraire, ainsi que M. Delvincourt. 5. 372. Ce dernier jurisconsulte dit toutefois que la subrogation légale et celle consentie par le créancier, n'ont pas moins lieu relativement aux hypothèques, quoique les biens hypothéqués ne fussent plus dans la main du débiteur au moment où ces sortes de subrogations seraient venues à s'opérer : car le motif qui

L'acquéreur a reçu les biens affectés de l'hypothèque, et comme ils seraient encore grevés si le débiteur n'eût pas trouvé quelqu'un qui lui prêtât pour payer la dette, il ne doit pas se plaindre, non plus que les créanciers contre lesquels la subrogation aurait effet; leur position ne s'en trouve pas plus mauvaise, et l'attente du prêteur qui n'a prêté que dans la vue de la subrogation, ne doit pas être déçue. S'il en était autrement, ce serait priver le débiteur du seul moyen peut-être qu'il a d'écarter un créancier fâcheux, et cependant il a un grand intérêt à ce que ce créancier soit payé; car s'il ne l'est pas, il agira par voie d'hypothèque contre l'acquéreur, et celui-ci exercera son recours en garantie contre son vendeur; or, nous pensons qu'en vendant les biens hypothéqués, le débiteur s'est réservé tacitement, non pas sans doute le droit de les hypothéquer encore, mais le droit de substituer aux créanciers hypothécaires d'autres personnes qui lui prêteront des deniers pour les payer. Tel est l'esprit de cette subrogation dans notre droit, parce qu'elle est plutôt de la créance qu'elle n'est la constitution d'une nouvelle hypothèque à la place de celle du créancier, ou du moins d'une hypothèque semblable, comme disent les docteurs; c'est absolument la même. D'ailleurs, pour supposer dans notre droit que c'est une autre hypothèque qui prend la place de celle du créancier payé, il faudrait dire aussi, pour être conséquent, que l'on doit remplir les formalités constitutives de l'hypothèque, et c'est ce qui n'est pas.

138. Les seules différences réelles que nous apercevions dans les effets entre cette subrogation et celle que le créancier lui-même a consentie, c'est que 1° par cette dernière, le subrogé aurait le droit de réclamer les intérêts, que le créancier pouvait légalement exiger; par conséquent, s'ils avaient été stipulés par un contrat antérieur à la loi du 3 septembre 1807, et à un taux supérieur à celui fixé par cette loi, le subrogé pourrait les exiger conformément à la stipulation, tandis que si le prêt avec subrogation était postérieur à ladite loi, le prêteur ne pourrait toujours réclamer du débiteur que les intérêts licites à l'époque du contrat de prêt.

2° Le créancier qui subroge est bien garant de tous les droits dans lesquels il subroge, mais uniquement de cela; en conséquence, s'il subroge simplement à *ses droits* sur le débiteur, sans autre explication, il doit bien garantir l'existence de la créance, comme le devrait faire un cédant, et à plus forte raison encore puisque c'est un *payement* qu'il reçoit, et que tout payement suppose une dette (art. 1235); mais il n'est point garant de la bonté des priviléges et des hypothèques, il n'est pas même garant de l'existence d'un privilége ou d'une hypothèque quelconque; il faudrait pour cela qu'il eût aussi nominativement subrogé à ses priviléges et hypothèques, auquel cas il serait garant, non pas du rang utile de ces droits, mais de leur existence et validité au jour du payement; à moins encore, dans ce dernier cas, que l'acte de subrogation ne portât que le créancier subroge à ses priviléges et hypothèques *tels qu'il les a*, ou autre clause équivalente. Tandis que lorsque la subrogation est le résultat de la volonté du débiteur, le créancier n'est jamais garant de l'existence, de la conservation ou de la bonté des priviléges et hypothèques; il y aurait seulement lieu contre lui à l'action en répétition, s'il était prouvé qu'il n'y avait pas de dette, ou que la dette était moindre, et que le payement a été fait par erreur. Cette action en répétition compéterait non-seulement au débiteur, mais aussi au prêteur qui a payé en vue de la subrogation; et si c'était ce dernier qui l'exerçât, le produit tournerait à la décharge du débiteur envers lui.

139. Le subrogé, dans le cas dont il s'agit a, outre l'action du créancier, avec les accessoires qui y sont attachés, l'action du prêt puisqu'il est prêteur. Mais il est clair que dès qu'il est remboursé sur l'exercice de l'une ou l'autre action, tout est terminé, et le débiteur est libéré d'une manière absolue.

Ce concours d'actions n'est pas indifférent car celle du créancier pourrait être sujette à

lui fait décider le contraire dans le cas de subrogation opérée par la volonté du débiteur, ne se rencontre plus

quelque exception qui ne saurait être opposée au subrogé agissant en raison du prêt. Mais alors les priviléges, hypothèques et cautionnements attachés à l'action du créancier payé, seraient affectés de la même exception.

140. Outre ces deux cas de subrogations conventionnelles, on regarde aussi comme une subrogation, la convention par laquelle une femme mariée, ou tout autre créancier hypothécaire, substituent la personne avec laquelle ils traitent, à leur hypothèque légale sur les biens du mari, ou autre débiteur. C'est une cession éventuelle de leur créance hypothécaire, pour le cas où ils ne payeraient pas leur dette, et qui, comme toute cession, renferme la subrogation.

Il importe d'en parler ici en ce qui concerne la subrogation à l'hypothèque des femmes, matière qui a donné lieu à de nombreuses difficultés : mais pour cela quelques observations préliminaires sont nécessaires.

141. En principe, un créancier n'a pas le droit d'être payé par préférence aux autres créanciers du débiteur commun, sur le produit d'une créance qu'a ce dernier sur un tiers, quoique sa créance fût antérieure à celle des autres créanciers; l'antériorité du titre n'est point une cause de préférence : tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, qui s'en distribuent le prix par contribution, c'est-à-dire au marc le franc, lorsqu'il n'y a pas de quoi les payer tous intégralement, sauf les causes de légitime préférence; et les seules causes de légitime préférence, sont les priviléges et les hypothèques. (Art. 2093.)

La priorité de saisie n'est même d'aucune considération : les autres créanciers qui ont depuis formé opposition, mais dans les délais fixés par le Code de procédure pour régler la distribution des deniers, sont admis avec le premier saisissant, et les primeront même s'ils ont un privilége qui s'étende sur les objets saisis.

Tout créancier peut bien exercer les droits de son débiteur, au nom de celui-ci (art. 1166); il peut, en conséquence, prendre inscription sur les biens d'un tiers pour ce débiteur, et en son nom, si ce dernier a droit et néglige de le faire, et se présenter dans l'ordre ouvert sur le tiers ; mais le montant de la collocation du débiteur, doit, comme *chose mobilière,* être distribué entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre (art. 778, Cod. de procéd.); en sorte que celui qui a pris l'inscription et qui a produit à l'ordre ouvert sur le tiers, n'a pas pour cela de préférence à exercer sur les autres créanciers du débiteur commun, à moins qu'il n'ait un privilége du nombre de ceux qui s'exercent sur la généralité des meubles; car, lors même qu'il aurait une hypothèque générale sur ses biens, comme celle qu'a la femme sur ceux de son mari, ou un mineur sur ceux de son tuteur, il ne serait pas pour cela préféré aux autres créanciers sur le montant de cette collocation, puisque l'hypothèque ne peut résider sur des meubles qui ont conservé leur qualité de *meubles* (art. 2118), et que le produit de l'hypothèque du débiteur est une chose mobilière.

142. C'est pour cette raison qu'il est avantageux, et en même temps d'un usage fréquent, lorsqu'on traite avec une femme mariée, de lui faire consentir la subrogation à son hypothèque légale sur les biens de son mari : alors le créancier, à défaut de payement par la femme, exerce l'hypothèque de sa débitrice, au lieu et place de celle-ci et en son nom, comme un cessionnaire proprement dit, qui est *procurator in rem suam* du cédant, et est payé sur le montant de la collocation de la femme, par préférence aux autres créanciers de cette dernière, quand bien même leurs créances seraient antérieures à la sienne, ou qu'elles seraient privilégiées, tandis que la sienne ne le serait pas : il a en sa faveur une cession de la créance de la femme, une cession éventuelle, il est vrai, c'est-à-dire pour le cas où celle-ci ne payerait pas sa dette, mais cela ne fait rien; la cession peut même être absolue.

Mais précisément parce que c'est une cession, quoique les effets en soient conditionnels, le créancier subrogé, pour pouvoir opposer la subrogation aux tiers, doit remplir les formalités prescrites à un cessionnaire pour être réputé saisi à l'égard des tiers; et l'art. 1690

porte que le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport au débiteur, ou par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. Toutefois, par cela même, si l'acte de subrogation est authentique, et que le mari y ait concouru, il y a acceptation authentique de sa part, et il n'est plus besoin de lui faire signifier la subrogation, ou de la lui faire accepter par un autre acte.

Que si, au contraire, le créancier d'une femme mariée n'a pas obtenu d'elle la subrogation à son hypothèque légale sur les biens de son mari, il n'a point, en principe, de préférence sur les autres créanciers de sa débitrice, dans l'exercice de cette hypothèque au nom de celle-ci. Cela résulte incontestablement de la disposition de l'art. 778 du Code de procédure précité, article qui ne fait aucune distinction entre le créancier d'une femme mariée qui prend inscription pour sa débitrice et se présente dans l'ordre ouvert sur le mari, au nom de celle-ci, et le créancier de tout autre débiteur qui prend également inscription au nom de ce dernier; et effectivement il serait impossible d'établir entre eux une différence fondée en droit.

143. Mais en est-il de même dans les cas où le mari serait obligé avec sa femme solidairement, ou sans solidarité ?

En est-il de même, surtout, lorsque les deux époux, en s'obligeant solidairement, hypothèquent au créancier les biens sur lesquels porte l'hypothèque légale ?

Sur la première question, l'on doit dire, selon nous, que le créancier n'est point subrogé à l'hypothèque légale de la femme, si celle-ci n'a pas consenti la subrogation ; car quel est l'effet de l'obligation solidaire de la femme ? C'est de faire considérer cette dernière comme tenue *personnellement* de toute la dette par rapport au créancier ; mais elle n'a pas par là renoncé, au profit de ce dernier, à son hypothèque sur les biens de son mari, ni fait cession de sa créance sur lui; elle a, au contraire, conservé ses droits pour tous ses créanciers présents et futurs.

Vainement dirait-on que le mari étant obligé envers le créancier sur tous ses biens (article 2092), quoiqu'il ne les lui ait pas hypothéqués, la femme, sa coobligée solidaire, s'est par cela même interdit le pouvoir de rien faire qui s'oppose à l'exécution de l'obligation de l'un et de l'autre, et par conséquent d'exercer son hypothèque au préjudice de ce créancier; que, par la même raison, ses autres créanciers n'ont pas pu davantage entraver cette exécution, les eût-elle ensuite subrogées expressément, puisqu'elle ne pouvait plus le faire utilement. Car on répondrait que la femme, en s'obligeant solidairement avec son mari, s'est seulement ôté par là le pouvoir de se faire payer de celui-ci au préjudice de l'opposition que formerait son créancier; mais elle n'a pas pour cela renoncé au droit d'exercer son hypothèque dans l'intérêt de tous ses créanciers indistinctement. Elle n'a fait, ni directement ni indirectement, la cession de son hypothèque; elle l'a, au contraire, conservée pour elle et pour tous ses créanciers présents et à venir (1).

144. Mais, et c'est la seconde question, lorsque deux époux, en s'obligeant solidairement, hypothèquent tous deux un immeuble sur lequel porte l'hypothèque légale de la femme (et l'on décide communément que la femme a aussi hypothèque sur les conquêts de la communauté, surtout lorsqu'elle y renonce), alors nous pensons en effet que quand bien même la femme n'a point spécialement subrogé le créancier à son hypothèque légale sur cet immeuble, n'a point renoncé à cette hypothèque en sa faveur, ce créancier peut l'exercer de préférence aux autres créanciers de la femme.

C'est ce qui a été jugé plusieurs fois : par la cour de Paris, le 11 mars 1813 (2), ensuite par la même cour, le 26 juin 1819 (3), et par celle de Lyon, le 22 juillet de la même année (4).

(1) *Cass., 17 avril 1827; 2 avril 1829; Sirey, 28, 91, 29, 194.

(2) Sirey, 13, 2, 161 ; Dalloz, 17, 174.

(3) Sirey, 19, 2, 248.

(4) Sirey, 20, 2, 125 ; Dalloz, 17, 176.

Toutefois la cour de Paris elle-même a jugé le contraire le 8 décembre 1819 (1) : cette cour a décidé que pour qu'il y ait subrogation à l'hypothèque légale de la femme, il ne suffit pas qu'elle s'oblige solidairement avec son mari, et qu'elle hypothèque avec lui un immeuble sur lequel portait son hypothèque légale, que ce n'est pas là une subrogation tacite, qu'ainsi lorsque plusieurs obligations pareilles ont été successivement consenties, les divers créanciers ne peuvent demander à être colloqués sur le prix de l'immeuble d'après l'ordre de leurs titres ou de leurs inscriptions, mais qu'au contraire, le montant de la collocation doit, comme chose mobilière, être distribué entre eux au marc le franc.

Nous ne saurions nous ranger à cette décision; nous pensons, au contraire, que le premier créancier doit être préféré aux autres, lors même que ceux-ci auraient pris inscription du chef de la femme sur les biens du mari, avant que ce premier créancier ne l'eût prise lui-même du chef aussi de sa débitrice.

En effet, la femme, en hypothéquant à son créancier l'immeuble sur lequel portait son hypothèque légale, s'est obligée à ne rien faire qui pût nuire à l'exercice de celle qu'elle a consentie, et par cela même, à ne point exercer la sienne à son préjudice. Elle est garante de ses faits; elle a par là établi contre son action hypothécaire une fin de non-recevoir, ou une exception toute semblable à celle qu'un détenteur peut opposer à la personne qui lui devant la garantie voudrait l'évincer; la maxime *is quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, lui est tout aussi bien applicable. Il y a renonciation tacite de sa part au droit de pouvoir exercer son hypothèque au préjudice du créancier à qui elle en a elle-même constitué une sur les mêmes biens; dès lors, ses autres créanciers n'ont pu faire ce qu'elle-même ne pouvait plus faire, les eût-elle depuis formellement subrogés à son action hypothécaire; elle n'a pu leur conférer plus de droits qu'elle n'en avait elle-même.

C'est en conformité de ces principes que la cour de cassation a jugé, par arrêt de cassation du 14 janvier 1814 (2), que la femme qui s'était rendue covenderesse solidaire avec son mari d'un immeuble affecté à son hypothèque légale, n'avait pu ensuite exercer cette hypothèque au préjudice de l'acquéreur auquel elle devait la garantie; qu'elle était non recevable par l'effet de la règle ci-dessus, et par conséquent que ses créanciers ne pouvaient invoquer, pour l'exercer en son nom, même en vertu de subrogation expresse, une hypothèque qui s'était éteinte dans sa main, attendu qu'elle ne pouvait leur conférer des droits qu'elle avait perdus. On a vu dans l'obligation de garantie de la femme une renonciation virtuelle et nécessaire à son hypothèque en faveur de l'acquéreur (3).

Dans le droit romain, suivi en cela dans notre ancienne jurisprudence, et qui le serait encore aujourd'hui, du moins généralement, lorsqu'un créancier hypothécaire donnait son consentement à l'acte par lequel le débiteur hypothéquait à un autre créancier le bien soumis à son hypothèque, il était censé renoncer à son droit, du moins en faveur du nouveau créancier (4); car, comme le consentement d'un créancier hypothécaire n'est point nécessaire pour que le débiteur puisse hypothéquer les mêmes biens à d'autres personnes, on concluait naturellement de celui qu'il avait donné, que sa volonté avait été de renoncer à sa propre hypothèque, ou au moins au droit de l'exercer au préjudice du nouveau créancier. Or, à plus forte raison doit-il en être ainsi du cas où la femme ne se borne pas simplement à donner son consentement à ce que son mari hypothèque à un tiers les biens frappés de l'hypothèque légale, mais qu'elle les hypothèque elle-même avec lui pour sûreté de sa propre obligation; la renonciation en faveur du créan-

(1) Sirey, 20, 2, 241; Dalloz, 17, 175.

(2) Sirey, 17, 1, 146.

(3) Nous rectifions donc ce que nous avions écrit de contraire à cette décision particulière, dans notre *Traité des contrats*, n° 795.

(4) D'après la loi 12, ff. *quib. modis pignus vel hypoth. solvit.*, le consentement donné par un premier créancier à ce que le débiteur hypothéquât la même chose à un troisième, profitait même au second, qui par là acquérait la priorité absolue. C'était toutefois une question de fait et d'intention, ainsi que le dit le jurisconsulte Marcien dans la loi 12, § 4, ff. *qui potiores*.

cier s'explique tout à la fois par le consentement de la femme, et par l'effet de son obligation de garantir le créancier, par conséquent de ne point le troubler, ni par elle-même ni par ses ayants cause.

L'article 2144, qui veut que pour que la femme puisse consentir à la restriction de son hypothèque légale, pendant le mariage, à certains immeubles, elle ait pris l'avis de ses quatre plus proches parents réunis en assemblée de famille, et l'article suivant qui prescrit un jugement rendu sur les conclusions du ministère public pour faire opérer cette réduction, ne sont point applicables au cas dont il s'agit, parce que la femme ne fait point là une simple réduction de son hypothèque; loin de là, elle l'exerce, puisqu'elle en confère les effets à son créancier, et que ce n'est que sous cette condition, on doit le supposer, qu'il a voulu contracter avec elle.

Il n'y a, au surplus, aucune difficulté lorsque la femme, en s'obligeant seule, dûment autorisée, ou conjointement avec son mari, avec ou sans solidarité, n'importe, subroge expressément le créancier avec lequel elle traite, à son hypothèque légale, soit que les époux aient ou non hypothéqué à ce même créancier les biens sur lesquels porte cette hypothèque; alors l'article 778 du Code de procédure cesse d'être applicable, en tant qu'il veut que le montant de la collocation du débiteur qui a hypothèque sur les biens du tiers, soit distribué, comme chose mobilière, entre tous ses créanciers inscrits, ou opposants avant la clôture de l'ordre. C'est une cession, une cession éventuelle, que la femme fait de sa créance sur son mari, dans le cas où elle ne payerait pas elle-même sa dette; c'est donc au fond une subrogation au profit de ce créancier. Telle est la décision d'un arrêt de la cour royale de Paris, en date du 15 mai 1815 (1); d'un autre de la même cour, du 12 décembre 1817 (2), et enfin, d'un arrêt de la cour de Metz, du 13 juillet 1820 (3). Ces deux derniers arrêts ont de plus jugé que dans le cas de plusieurs subrogations successives en faveur de plusieurs créanciers de la femme, la priorité dans la collocation est déterminée par la date de chaque subrogation, et non par l'inscription prise par chaque créancier en vertu de la subrogation à lui consentie.

145. Mais comme la femme n'a pas une hypothèque de la même date pour toutes les créances qu'elle peut avoir sur son mari, il importe d'entrer dans quelques explications à cet égard.

Suivant l'art. 2135, la femme a hypothèque sur les immeubles de son mari, indépendamment de toute inscription, pour raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, à compter du jour du mariage;

Pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, à compter de l'ouverture des successions, ou du jour où les donations ont eu leur effet;

Et pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et le remploi de ses propres aliénés, à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

Tel est l'ordre qu'on observe dans la collocation de la femme; d'où il suit que pour sa dot et ses conventions matrimoniales, elle primera tel ou tel des créances du mari, et pourra cependant être primée par lui pour ses autres créances.

Et comme en matière de subrogation tout est de droit étroit, que la subrogation ne s'étend pas d'une chose à une autre, il s'ensuit que si la femme a simplement consenti à Paul la subrogation à son hypothèque légale *pour sa dot et ses conventions matrimoniales*, Paul ne pourra pas prétendre qu'il est subrogé aussi à l'hypothèque de sa débitrice pour les autres objets, à raison desquels elle a pareillement hypothèque, quand même elle se trouverait, lors de la subrogation, créancière de son mari pour l'une ou plusieurs des causes ci-dessus. A plus forte raison, si elle ne l'était pas encore. La subrogation sera limitée à l'hypothèque *pour la dot et les conventions matrimoniales;* en sorte que si la femme a consenti ensuite à Pierre la

(1) Sirey, 1817, 2, 52.
(2) Sirey, 1818, 2, 150.
(3) Sirey, 1821, 2, 176.

subrogation à son hypothèque, à raison, par exemple, *d'une donation qui lui a été faite,* ou *pour le remploi d'un propre aliéné,* Pierre aura, pour cet objet, la priorité sur Paul, comme Paul l'aura sur lui pour la dot et les conventions matrimoniales. Cela est incontestable.

Mais comme *les sommes dotales qui proviennent de successions échues à la femme* sont une partie de *sa dot,* parce qu'il n'y a de *dotal* que ce qui est compris dans la dot, il nous paraît certain aussi que Paul, premier créancier, devra avoir, pour ces sommes, la priorité sur Pierre, lors même que lesdites successions ne seraient échues à la femme que depuis la seconde subrogation. En effet, la subrogation n'est rien autre chose ici que le résultat d'une cession éventuelle que fait la femme à son créancier, pour le cas où elle ne s'acquitterait pas envers lui : ce peut même être une cession pure et simple, un véritable transport, donnant des droits absolus au créancier, comme ceux que donne une délégation proprement dite. Mais en la supposant même éventuelle, ce n'en est pas moins une cession de la créance dotale de la femme; or, les choses futures pouvant être la matière des conventions (article 1130), la femme a pu comprendre dans la subrogation à son hypothèque légale *pour sa dot* et ses conventions matrimoniales, tout ce qui ferait partie de sa dot; et elle est censée l'avoir fait, puisqu'elle n'a mis à la subrogation aucune restriction.

Elle n'a pas à cet égard pactisé sur successions futures, ce qui est défendu par la loi (*ibid.*); elle a seulement consenti une subrogation aux créances qu'elle pourrait avoir un jour sur son mari, par suite de l'échéance de ces successions. Si elle a pu les faire entrer elles-mêmes et directement dans sa dot, sans être pour cela censée stipuler sur succession future, elle a bien pu, par la même raison, subroger son créancier aux droits qu'elle pourrait avoir à exercer à ce sujet contre son mari. Et que l'on ne dise pas qu'elle n'est point censée avoir eu en vue des successions qui n'étaient pas encore ouvertes, car on répondrait qu'elle ne pouvait ignorer que les sommes qui proviendraient de ces mêmes successions seraient dotales, feraient partie de sa dot : par conséquent, en subrogeant généralement à son hypothèque pour sa dot, elle a donc compris tout ce qui faisait alors partie de sa dot, et tout ce qui en ferait partie dans la suite.

En effet, dans le cas même où la femme est mariée sous le régime dotal proprement dit, la constitution de dot peut comprendre tous les biens à venir, comme les biens présents (article 1542) : si donc la convention embrasse aussi les biens à venir, elle embrasse par cela même les successions qui écherront à la femme, et il est vrai de dire que les sommes qui proviendront de ces successions font partie intégrante de la dot, à laquelle a été subrogé Paul avant qu'une autre subrogation ait été consentie à Pierre.

Il en est de même du cas où la femme est mariée sous le régime exclusif de communauté sans séparation de biens; sa dot, dans ce cas aussi, se compose de tout ce qu'elle apporte lors du mariage et de tout ce qui lui échoit pendant son cours; et c'est le mari qui perçoit tout le mobilier qui échoit à sa femme pendant le mariage. (Art. 1531.)

Enfin, dans le cas de communauté, la dot de la femme comprend pareillement le mobilier qui lui échoit pendant le mariage, à quelque titre qu'il lui provienne, sauf stipulation contraire, ou réalisation de ce mobilier. La part de la femme dans la communauté représente sa dot, et si la femme a stipulé la reprise de ses apports en cas de renonciation à la communauté, et qu'elle renonce en effet, elle reprend tout ce qui y est entré de son chef, par conséquent sa dot elle-même.

Dans ces trois cas, les sommes dotales provenant de successions ont donc été comprises dans la subrogation à la *dot* de la femme et à ses conventions matrimoniales.

Peu importe que la femme n'ait hypothèque sur les biens de son mari à raison des sommes dotales provenant de successions à elles échues, qu'à compter du jour de l'ouverture desdites successions : cela ne fait rien à la question; le subrogé n'exercera lui-même, à ce titre, et pour cet objet, qu'une hypothèque de même date. Et vainement, encore une fois, dirait-on que la femme n'a pu conférer la subrogation pour des droits qui n'existaient pas encore,

parce que c'eût été conférer la cession d'une hypothèque qui n'existait point elle-même; nous répondrions qu'elle l'a pu faire éventuellement, puisque les choses futures peuvent être la matière des conventions. Or, nous soutenons qu'elle l'a fait, puisqu'elle n'a mis aucune restriction à la subrogation pour *sa dot* et ses conventions matrimoniales.

Mais *quid juris,* si la subrogation consentie à Paul l'a été, en termes généraux, *à l'hypothèque légale de la femme, sur les biens de son mari*, sans autre addition ni explication? S'étendra-t-elle à d'autres droits que ceux pour lesquels la femme avait alors hypothèque?

Nous ne le croyons pas; les parties ne sont pas censées avoir eu en vue des droits éventuels. La subrogation ne devrait point comprendre, par exemple, une donation qui aurait été faite à la femme plusieurs années après, ni les sommes dotales provenant d'une succession ouverte seulement depuis. Si nous avons décidé le contraire dans le cas précédent, à l'égard des créances de la femme sur son mari à raison d'une succession à elle échue, quoique cette succession ne fût pas encore ouverte au moment de la subrogation, c'est parce que dans ce cas la femme a subrogé à son hypothèque pour *sa dot* et ses conventions matrimoniales, et que les sommes provenant de cette succession sont *dotales*, font par conséquent partie de la dot, et, comme telles, sont comprises dans la *subrogation à la dot.* Au lieu que la convention de la subrogation *à l'hypothèque légale de la femme*, sans autre addition ni désignation, ne nous paraît devoir comprendre que les causes pour lesquelles la femme était alors créancière de son mari, et non des droits ultérieurs, auxquels elle n'a peut-être pas songé (1).

Lorsque divers créanciers sont subrogés aux mêmes droits de la femme, par un même acte ou par des actes différents, mais de même date, ils concourent au marc le franc sur le produit de ces droits; et, dans tous les cas, les subrogés n'exerçant que l'hypothèque de leur débitrice, ils ne sont colloqués que dans l'ordre tracé par l'art. 2135; ce qui donne lieu à plusieurs questions importantes, qui ont leur siége au titre *des Priviléges et hypothèques.*

Art. III.

De la subrogation légale.

146. Nous avons vu comment s'opère la subrogation conventionnelle, soit par la volonté du créancier, soit par celle du débiteur; il convient maintenant de parler de celle qui s'opère par la disposition de la loi, dans les cas déterminés par elle, et ensuite nous traiterons des effets de la subrogation en général.

147. Quoique le Code n'ait assurément pas tranché toutes les difficultés que présente cette matière délicate, néanmoins, en établissant dans quels cas il y aurait subrogation de droit, et sans qu'il soit besoin de convention à cet égard, il en a levé plusieurs, qui étaient graves dans les anciens principes.

En effet, les lois romaines, que l'on suivait généralement en France sur la matière des contrats, fournissaient, sur certains cas, des arguments pour et contre la subrogation; la jurisprudence des parlements, en conséquence, était loin d'être uniforme, et les auteurs par la même raison étaient aussi divisés d'opinion.

Dumoulin, dans les leçons solennelles qu'il fit à Dôle, a soutenu, contre le sentiment unanime des docteurs, que le débiteur solidaire et les fidéjusseurs qui ont payé la dette sont subrogés de plein droit à l'action du créancier contre les codébiteurs, le débiteur principal, et les cofidéjusseurs. Il partait de ce principe d'équité qui nous commande de faire le bien d'autrui lorsqu'il ne doit en résulter pour nous aucun préjudice, et lorsque d'ailleurs la chose est juste en soi, principe sur lequel était fon-

(1) * La femme qui subroge un tiers dans ses droits et créances contre son mari et dans son hypothèque légale, le subroge par là même dans le privilége attaché à l'une de ces créances : la mention de la subrogation dans l'hypothèque légale n'est pas exclusive de la subrogation dans le privilége. Du moins l'arrêt qui le décide ainsi par interprétation des actes ne viole aucune loi. (Req., 26 novembre 1839; Sirey, 40, 233.)

dée, dans le droit romain, l'exception *cedendarum actionum*, par lequel un codébiteur ou un fidéjusseur, poursuivi en payement de la dette, pouvait repousser le créancier, si celui-ci ne voulait pas lui céder ses actions. Or, disait Dumoulin, le débiteur solidaire ou le fidéjusseur qui a payé la dette est censé s'être réservé cette cession puisqu'il pouvait l'exiger, et qu'on ne doit pas présumer qu'il ait entendu répudier un si grand avantage : *Nemo res suas jactare præsumitur* (1).

La doctrine de Dumoulin n'avait toutefois point prévalu au parlement de Paris, ni dans la plupart des autres coutumes (2). On disait que la subrogation est de droit étroit, qu'elle a besoin d'être établie par une loi lorsqu'elle n'est pas convenue, et qu'aucun texte du corps du droit romain (3) ne déclarait un codébiteur ou un cofidéjusseur subrogé de plein droit aux actions du créancier par lui payé.

Pothier lui-même, si attaché à tout ce qui est équitable, répondait aux raisonnements de Dumoulin en disant que, à la vérité, le codébiteur solidaire, la caution ou le cofidéjusseur, pouvaient exiger, en payant la dette, que le créancier leur cédât ses actions, ou du moins repousser sa demande *per exceptionem cedendarum actionum;* mais que c'était une faculté dont ils pouvaient user ou ne pas user; qu'ainsi il était nécessaire qu'ils manifestassent leur intention à cet égard ; et qu'en admettant qu'ils aient eu la volonté d'exiger la subrogation, cette volonté gardée en eux-mêmes et restée sans manifestation, ne suffisait pas pour la leur faire acquérir, parce que, pour acquérir les droits d'un autre, il faut le concours des volontés de celui qui acquiert et de celui qui transmet, et qu'on ne peut, dans l'espèce, connaître celle du créancier.

Cela est rigoureusement vrai en logique et en droit, mais ce n'est pas avec des principes absolus qu'on peut établir une législation appropriée aux besoins de la société. Les Romains l'avaient si bien senti, que leur droit prétorien avait principalement pour objet de corriger, par des voies indirectes et des moyens d'équité, ce que le droit civil pouvait avoir de trop rigoureux dans ses conséquences absolues. L'on ne peut donc qu'applaudir aux auteurs du Code d'avoir, comme le voulait Dumoulin, consacré la subrogation de plein droit en faveur du codébiteur solidaire, du cofidéjusseur et de la caution unique qui payent la dette, en l'établissant d'une manière générale en faveur de tous ceux qui, *étant tenus avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avaient intérêt de l'acquitter*.

148. Cette subrogation est l'effet de la cession des actions du créancier dans l'ancien droit ; c'est une cession supposée.

Elle a lieu, d'après l'art. 1251, dans les quatre cas suivants :

« 1° Au profit de celui qui, étant lui-même » créancier, paye un autre créancier qui lui est » préférable à raison de ses priviléges ou hy» pothèques;

» 2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble » qui emploie le prix de son acquisition au » payement des créanciers auxquels cet héri» tage était hypothéqué;

» 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec » d'autres ou pour d'autres au payement de la » dette, avait intérêt de l'acquitter;

» 4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui » a payé de ses deniers les dettes de la succes» sion. »

149. Quant au premier cas, l'on sent que si le créancier ne payait pas celui qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques, ce dernier pourrait faire vendre judiciairement les biens du débiteur, et la vente entraînant des frais considérables, qui en di-

(1) En ce sens on pouvait citer, par induction, la L. 36, ff. *de fidejuss. et mandat.*, et plus positivement la L. 2, Cod. *de duob. reis.;* mais en sens contraire, on pouvait citer la L. 39, ff. aussi *de fidejuss.*, la L. 76, *de solut.*, et la L. 62, ff. *ad legem falcid.*

(2) *V.* au Répertoire de M. Merlin l'article *Subrogation de personnes*, sect. 2, § 3; Renusson, *Tr. de la subrog.*, chap. 7, n° 68, et Pothier, *Tr. des oblig.*, n° 280.

(3) Au contraire, en principe, dans le droit romain le débiteur solidaire non associé, qui avait payé la dette sans se faire céder les actions du créancier, n'avait point de recours à exercer contre ses codébiteurs. C'est ce qui résulte clairement de la loi 62, ff. *ad legem falcidiam*, que nous avons analysée au tome précédent, n° 171.

minueraient d'autant le produit, ce serait en définitive sur ce créancier que retomberait la perte causée par le déficit. Au lieu qu'au moyen du payement fait au créancier antérieur, celui qui paye pourra prendre des arrangements avec le débiteur, lui donner du temps et attendre, s'il y a nécessité de recourir à la vente, des circonstances plus favorables pour la faire faire à meilleur prix. Le débiteur aussi trouve un grand avantage dans ce parti, en ce qu'il est débarrassé d'un créancier qui le poursuivait peut-être avec rigueur, ou menaçait de le poursuivre; car, au moyen des arrangements qu'il pourra prendre avec celui qui a fait le payement, il aura plus de facilité pour se libérer, et il empêchera peut-être par là que ses biens ne soient vendus, ou ne le soient aussi désavantageusemeut qu'ils l'auraient été. Mais pour qu'un de ses créanciers voulût lui procurer cet avantage, il fallait qu'il fût assuré de pouvoir recouvrer le montant de ses avances; or, c'est ce qui a lieu au moyen de la subrogation, en faveur de ce créancier, à la place et dans le rang d'hypothèque de celui à qui il a fait le payement. Il lui *succède* dans la créance; *in locum vel in jus ejus succedit,* comme disent les lois romaines (1).

150. Il y avait toutefois dans le droit romain, quant à cette subrogation, une raison particulière qui n'existe pas dans notre droit, ancien et nouveau; et c'est même cette raison qui a été le principal fondement de la subrogation dont il s'agit (2).

Suivant le système hypothécaire du droit romain, celui qui avait une première hypothèque sur les biens de son débiteur pouvait disposer de la chose et la vendre, à défaut de payement, s'il en était convenu avec lui; et s'il n'en était pas convenu, il pouvait la faire vendre par autorité de justice, ou faire ordonner sa mise en possession de l'objet hypothéqué. Le débiteur pouvait bien obliger la même chose à d'autres créanciers après l'avoir hypothéquée à un premier, mais il n'y avait que le créancier plus ancien ou un créancier ayant hypothèque privilégiée, qui pût la faire vendre par autorité de justice; et si un créancier postérieur l'avait vendue ou fait vendre, même par autorité de justice, la vente n'avait aucun effet au préjudice du créancier hypothécaire antérieur au privilégié, dont les droits demeuraient toujours conservés sur la chose hypothéquée; ce qui a fait dire à Antoine Faber, *de erroribus pragmaticorum, lib* I, qu'un créancier postérieur en ordre d'hypothèque, *nullum pignus habere intelligebatur, quamdiù prioris creditoris jus subsistebat.*

Si la chose hypothéquée valait davantage que ce qui était dû au créancier plus ancien, le créancier postérieur pouvait bien agir pour la conservation de ses droits, poursuivre son payement sur la chose qui lui était hypothéquée, et, pour cela, la faire vendre; mais auparavant il fallait qu'il mît le créancier plus ancien hors d'intérêt en le payant de sa créance, ou du moins en lui en offrant régulièrement le montant, et en consignant la somme, au refus par celui-ci de la recevoir : alors il avait le droit de faire vendre l'objet hypothéqué, comme s'il eût été premier créancier; il avait succédé aux droits de celui auquel il avait fait ou offert régulièrement le payement de sa créance : *Cùm secundus creditor, oblatâ priori pecuniâ, in locum ejus succedit,* porte la loi 2, ff. *de distract. pignor.* précitée; et le refus du premier créancier, de recevoir le payement de sa créance, l'empêchait de pouvoir exercer son droit d'hypothèque : *Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est an competat ei hypothecari actio, nolente priore creditore pecuniam accipere; et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cùm per eum fiat ne ei pecunia solvatur.* L. 11, § 4, ff. *qui potiores in pignore vel hypoth. habeantur.*

Au contraire, dans le droit français, ancien et actuel, tout créancier ayant hypothèque ou privilége sur un immeuble, le dernier comme

(1) *V.* la L. 2, ff. *de distract. pignor.* L. 11, § 4; L. 12, § 6; et L. 16, *qui potiores in pign. hab.;* et les LL. 5 et 6, Cod., au même titre.

(2) *V.* Renusson, *Traité de la subrogation*, chap. 4, nos 2 et suivants.

* La subrogation légale n'est pas une innovation législative, le droit romain et notre ancienne jurisprudence étaient conformes. (Req., 16 août 1830; Sirey, 289.)

le premier en ordre d'hypothèque, et lors même qu'évidemment la valeur de l'immeuble serait absorbée par ceux qui le précèdent, a le droit, lors de l'exigibilité de la créance, de poursuivre la vente, faute de payement; seulement il ne peut le faire que trente jours après commandement fait au débiteur, et sommation au tiers détenteur, si l'immeuble est dans les mains d'un tiers qui n'a point rempli les formalités pour la purge des hypothèques (art. 2169) : c'est même pour cela que la purge a été introduite; en sorte que le motif particulier qui, dans le droit romain, avait servi de fondement principal à la subrogation dont il s'agit, ne subsiste pas chez nous ; mais ceux que nous avons indiqués, et qui n'étaient pas sans force non plus dans la législation romaine, suffisent pour la justifier (1).

151. D'après cela, si le créancier antérieur en ordre d'hypothèque ne veut pas recevoir le payement de sa créance, le créancier postérieur peut lui faire des offres et consigner, et la subrogation aura lieu.

Il n'est pas nécessaire non plus que le débiteur consente au payement; le créancier peut même le faire nonobstant son opposition; il a intérêt à écarter le créancier qui lui est préférable.

152. Il se présente sur ce cas de subrogation deux questions importantes :

La première est celle de savoir si la subrogation légale existe pareillement au profit du créancier qui en paye un autre postérieur en ordre d'hypothèque sur les mêmes biens;

Et secondement, si elle a lieu au profit d'un créancier non privilégié ni hypothécaire, ou ayant hypothèque ou privilége sur d'autres biens que ceux qui sont affectés au créancier qu'il paye.

Renusson décidait la première question par l'affirmative. Il s'exprime en ces termes dans son *Traité de la subrogation*, chap. IV, n° 14.

« On ne peut pas douter, *è converso*, que le » créancier qui voudrait payer le créancier » postérieur, ne fût pareillement subrogé de » plein droit à ce créancier postérieur, par le » payement. En effet, il peut arriver qu'un » créancier antérieur, pour ménager le bien » du débiteur commun, et éviter les contesta- » tions, voudra payer le créancier postérieur, » et, en ce cas, il est raisonnable que le créan- » cier antérieur ait pareil avantage que le pos- » térieur, c'est-à-dire qu'il soit pareillement » subrogé de plein droit par le payement au » créancier postérieur. Et même par le droit » romain, le créancier antérieur avait *jus offe-* » *rendi* préférablement au créancier postérieur; » il pouvait avoir intérêt de se conserver la » chose hypothéquée, et d'exclure le créancier » postérieur, en lui payant ce qui lui était dû; » et cela doit avoir lieu parmi nous encore à » plus forte raison, parce que, suivant notre » usage, tous créanciers hypothécaires ayant » droit de poursuivre leur payement et de faire » vendre le bien de leur débiteur, le dernier » créancier comme le plus ancien, il pourrait » arriver que le bien du débiteur étant de peu » de valeur pourrait être consommé en frais » par un créancier postérieur qui le ferait ven- » dre : le créancier antérieur payant ce créan- » cier postérieur pour faire cesser la poursuite » et empêcher les frais, il est bien juste que » par le payement il soit subrogé de plein droit » au créancier postérieur. »

Et cependant Renusson lui-même enseigne dans son Traité, notamment au n° 1 du même chapitre, que « hors les cas exprimés par la » loi, il n'y a point de subrogation, si elle n'a » été expressément stipulée et convenue lors » du payement, car il n'y a de subrogation » de droit que dans les cas déterminés par le » droit; ce qui est observé par M. Charles Du- » moulin, *lectione dolanâ*, n° 41 : *non transeunt* » *actiones ipso jure, nisi in casibus jure expres-* » *sis.* » Or, aucune loi n'établit la subrogation en faveur d'un créancier qui paye un autre créancier auquel il est préférable à raison de leur créance.

(1) * Des créanciers ayant hypothèque spéciale peuvent demander la subrogation dans les droits des créanciers qui, ayant hypothèque générale, sont venus épuiser, à leur préjudice, le prix du domaine qui était affecté à leur créance. (Rouen, 14 mars 1826; Liége, 10 mars 1834; Sirey, 27, 2, 29; J. de B., 1834, 260. — *Contra*, Brux., 14 décembre 1831; Liége, 9 juillet 1838; J. de B., 1832, 2, 195; 1839, 265.)

ses priviléges et hypothèques : tous les textes qui parlent de cette subrogation statuent sur des cas où c'est, au contraire, un créancier postérieur en ordre d'hypothèque qui paye un créancier antérieur à lui : l'art. 1251-1° du Code civil ne prévoit pareillement que l'hypothèse d'un créancier qui en paye un autre qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. C'est très-probablement une inadvertance de la part des rédacteurs du Code de ne l'avoir pas consacrée aussi pour le cas dont il s'agit; mais enfin ils ne l'ont pas fait; et comme en cette matière tout est de droit étroit, nous n'oserions décider qu'elle existe en effet. Si l'on revise jamais le Code, c'est une lacune que l'on s'empressera probablement de faire disparaître. M. Toullier pense comme nous, qu'elle n'existe pas, mais qu'on aurait dû l'admettre.

153. Quant à la seconde question, Renusson (1) et les autres auteurs (2) qui ont traité de la matière dans les anciens principes, décidaient, au contraire, qu'un simple créancier chirographaire qui paye de ses deniers un créancier hypothécaire, n'est point subrogé de plein droit à l'hypothèque de ce créancier. Ces auteurs disaient « qu'un créancier chirographaire est » étranger aux biens qui sont hypothéqués à » d'autres, et qu'il est semblable à un tiers qui » a payé la dette sans se faire consentir la sub- » rogation. » Ce raisonnement n'était assurément pas très-concluant; car il n'est pas vrai de dire qu'un créancier chirographaire, dans notre droit, est étranger aux biens qui sont hypothéqués à d'autres, puisqu'il peut les faire saisir et vendre comme s'il avait sur ces biens une hypothèque; seulement, il sera payé après les créanciers hypothécaires, et s'il reste quelque partie du prix de libre. Quoi qu'il en soit, le Code ne distingue pas : il accorde la subrogation à celui qui, « étant lui-même créancier, » paye un autre créancier, qui lui est préféra- » ble à raison de ses priviléges ou hypothè- » ques. » Or, un créancier hypothécaire est préférable à un créancier simplement chirographaire, comme à un autre créancier hypothécaire venant après lui en ordre d'hypothèque. D'ailleurs les vrais motifs de la loi, en établissant cette subrogation, militent tout aussi bien, dans notre droit, en faveur d'un créancier chirographaire, qu'en faveur d'un créancier hypothécaire : le premier a, comme le second, intérêt à ce que les biens du débiteur ne soient pas mangés en frais, et le débiteur lui-même a intérêt aussi à être libéré envers un créancier, peut-être rigoureux, qui le poursuit ou menace de le poursuivre.

Si l'on objectait que de cette manière un créancier chirographaire, peut-être pour une faible somme, pourra acquérir l'action du créancier hypothécaire malgré ce dernier, qui ne veut pas lui consentir la subrogation, et qu'il sera peut-être pour le débiteur un créancier beaucoup plus rigoureux; que ce sera peut-être un moyen qu'il emploiera pour satisfaire quelque animosité secrète, nous répondrions que cela n'est en effet point impossible; mais, d'une part, on ne doit pas le supposer, parce que la malice et la mauvaise foi ne se supposent pas; et, d'autre part, la chose serait possible également de la part d'un créancier hypothécaire qui en payerait un autre qui lui serait préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques : il serait possible aussi en effet que ce créancier ne le fût que pour une faible somme, et qu'il ne dût même pas venir en ordre utile sur le produit des biens, auquel cas son hypothèque ne serait hypothèque que *nomine tenus ;* et cependant on ne pourrait pas lui disputer la subrogation légale. En un mot, l'article 1251 ne distingue pas; il ne suppose pas nécessairement que c'est un créancier hypothécaire qui en paye un autre de même qualité; il parle simplement d'un créancier qui en paye un autre qui lui est préférable à raison de ses priviléges et hypothèques : or, encore une fois, c'est ce qui a lieu dans le cas où c'est un créancier

(1) *Traité de la subrogation*, chap. 4, n° 14.

(2) Notamment Le Prêtre, qui s'exprime ainsi, *Centur.* 1, chap. 69 : *Si extraneus vel simplex creditor chirographarius solvat primo creditori, in ejus locum succedit, nisi hocconventum sit*... Dumoulin, *de Usuris*, n° 176, n'accorde aussi la subrogation qu'à un créancier hypothécaire qui en paye un autre qui lui était préférable. En un mot, c'était une doctrine constante.

chirographaire qui fait le payement, comme lorsque c'est un créancier hypothécaire.

Si l'on objectait qu'il y a contradiction entre les deux décisions ci-dessus; qu'un créancier avec hypothèque ne cesse pas d'être créancier chirographaire pour cela, et que pour être conséquent nous devrions lui accorder la subrogation aux droits du créancier postérieur en ordre d'hypothèque qu'il paye, puisque nous l'accordons au créancier chirographaire, nous répondrions qu'assurément nous l'aurions accordée à l'un comme à l'autre si nous avions fait la loi. Mais elle est ainsi, et en cette matière tout est de rigueur. M. Toullier (t. 7, n° 140) admet bien comme nous que la subrogation de plein droit a lieu au profit du créancier chirographaire qui paye un créancier hypothécaire, mais il dit aussi comme nous que le Code, on ne sait pourquoi, ne l'a pas accordée au créancier hypothécaire qui paye un autre créancier ayant hypothèque sur les mêmes biens postérieurement à lui (1).

154. Le créancier qui a payé un autre créancier qui lui était préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques, a la subrogation pour les intérêts qu'il a payés comme pour le capital, mais il n'a pas le droit de réclamer les intérêts des intérêts qu'il a payés au créancier, attendu, dit le jurisconsulte Marcien dans la loi 12, § 6, ff. *qui potiores*, d'après Papinien, qu'il a fait plutôt son affaire que celle du débiteur : *non enim negotium alterius gessit, sed magis suum.* D'ailleurs il est tout simple que ce payement n'aggrave pas la condition du débiteur, en lui faisant payer des intérêts d'intérêts qu'il n'aurait pas été obligé de payer au créancier.

Cela n'est point contraire à la disposition de l'art. 1155, portant que la somme payée pour intérêts par un tiers, en l'acquit du débiteur, produit elle-même intérêt en faveur de ce tiers, encore que les intérêts payés fussent dus pour moins d'une année ; car cette disposition ne s'applique qu'aux seuls cas où celui qui a payé ces intérêts, l'a fait comme mandataire ou caution du débiteur, ou administrateur de ses biens, ou par pure gestion d'affaires, et non au cas où il l'a fait pour son propre avantage. Vainement dirait-il que tout ce qu'il a payé ne forme pour lui qu'un seul et même capital, comme s'il eût payé en qualité de caution ou de mandataire, il ne serait pas écouté. Et il n'aurait même droit aux intérêts du principal qu'il a payé, qu'autant que le créancier lui-même aurait pu les réclamer du débiteur, et seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il eût pu en exiger au moment du remboursement fait par ce dernier.

155. Non-seulement un créancier postérieur en ordre d'hypothèque ou de privilége, en payant un autre créancier qui lui est préférable, entre dans les droits de ce dernier, mais encore un créancier peut se subroger à lui-même en ce qui touche son privilége ou son hypothèque. C'est ce qui a lieu lorsqu'il fait novation de sa créance, et qu'il réserve, pour sûreté de la nouvelle, et à leur date primitive, les priviléges et les hypothèques attachés à la première : *Nam superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquàm in suum locum succedenti.* L. 5, *princip.* L. 12, § 5, ff. *qui potiores*, et article 1278. Nous reviendrons sur ce point quand nous traiterons de la novation.

156. Le deuxième cas de subrogation légale, d'après l'article 1251, est, comme nous l'avons dit, celui où l'acquéreur d'un immeuble emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.

La subrogation dont il s'agit a lieu, soit que l'acquéreur ait payé les créanciers en vertu de délégations faites par le vendeur, soit qu'il les ait payés sur des saisies-arrêts faites par eux entre ses mains pour son prix, soit enfin qu'il les ait payés sur des poursuites hypothécaires, ou même hors le cas de poursuite : la loi ne distingue pas.

(1) * Merlin, *Rép.*, v° *Subrogat. de personne*, sect. 2, § 3, n° 3; Troplong, *des Hyp.*, n° 356; Delvincourt, 3, 372; Douai, 20 novembre 1839; Sirey, 40, 2, 211.— *Contrà*, Grenier, *des Hyp.*, n° 91; Favard, v° *Subrogat.*, § 2, n° 2.

157. Et bien qu'elle parle *de l'emploi du prix*, et qu'en matière de subrogation tout soit de rigueur, néanmoins nous ne doutons pas que si l'acquéreur payait des créanciers ayant hypothèque sur la chose, après avoir déjà payé son prix au vendeur ou à d'autres créanciers de celui-ci, il n'y eût également subrogation aux droits de ceux qu'il aurait payés. Cela n'a jamais fait de doute, ainsi qu'on peut le voir dans Renusson, *Traité de la subrogation*, chap. V. En effet, le but de la loi, en établissant cette subrogation, dont on trouve le principe dans la L. 3, au Code, *de his qui in locum priori credit. succedunt*, a été de donner à l'acquéreur un moyen indirect de conserver la chose par lui acquise, en rendant sans intérêt à en poursuivre la vente les créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque à ceux qu'il a payés, et dont il prendrait la place, si ces créanciers postérieurs faisaient vendre la chose; or, ce motif est tout aussi bien applicable à l'acquéreur qui, ayant déjà payé son prix paye encore de ses deniers des créanciers hypothécaires qui le poursuivent ou peuvent le poursuivre en sa qualité de détenteur, qu'à l'acquéreur qui emploie son prix au payement de ces créanciers. Le premier est même encore plus digne de faveur; et si l'article 1251 parle seulement de l'acquéreur d'un immeuble *qui emploie le prix de son acquisition* au payement des créanciers auxquels cet immeuble était hypothéqué, c'est parce que c'est le cas le plus ordinaire; mais la disposition n'est point conçue dans un sens restrictif.

158. Autre chose serait le cas où l'acquéreur aurait payé son prix avant la vente : quand bien même il serait ensuite déclaré dans le contrat d'acquisition que le vendeur a reçu ce prix d'avance, et qu'il l'a employé à payer tel ou tel des créanciers hypothécaires dont il a remis les titres à l'acquéreur, celui-ci ne serait pas pour cela subrogé dans les droits de ce créancier, lors même que la subrogation aurait été stipulée, dans son intérêt, entre le vendeur et l'acquéreur par le contrat de vente (1); car ce ne serait point le cas d'un *acquéreur* qui paye les créanciers hypothécaires pour *conserver la possession de la chose*, puisqu'il aurait payé avant de la posséder.

159. Le but de la loi, disons-nous, en établissant cette subrogation, est de donner à l'acquéreur un moyen indirect de conserver la possession de l'immeuble, non pas toutefois en ce sens qu'il puisse se défendre, par voie d'exception, envers les créanciers hypothécaires qui ne viendraient pas évidemment en ordre utile sur le prix de l'immeuble dont ils voudraient poursuivre la vente en vertu de leur droit d'hypothèque; car, suivant les art. 2167, 2168 et 2169 combinés, il est tenu, s'il ne remplit pas les formalités prescrites pour la purge des hypothèques, ou de payer tous les capitaux et intérêts exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble, sans aucune réserve; mais c'est un moyen indirect d'en conserver la possession en ce sens que, la subrogation le faisant entrer dans le lieu et rang des créanciers hypothécaires par lui payés, si d'autres créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque croient devoir poursuivre la vente de l'immeuble, parce qu'il ne l'aurait pas entièrement affranchi, et n'aurait pas rempli les formalités de la purge, il sera colloqué au rang que devaient occuper, dans l'ordre, les créanciers qu'il a payés; ce qui, comme on le sent bien, détournera probablement les créanciers postérieurs du dessein de poursuivre la vente de l'immeuble, puisque le prix en étant absorbé par l'acquéreur subrogé et par les créanciers antérieurs non payés, ils seraient sans intérêt réel à le faire.

Mais comme, par malice, ou pour tirer quelque chose de l'acquéreur qui craindrait d'être troublé par eux, ou bien parce que ces créanciers espéreraient que le prix de l'immeuble s'élèverait à un taux assez fort pour qu'il y eût encore quelques deniers qui leur seraient attribués après le payement des créanciers antérieurs, il pourrait arriver qu'ils poursuivissent néanmoins la vente, ainsi qu'ils en auraient le droit, l'on a introduit, en faveur de l'acquéreur, la purge des hypothèques; ce qui diminue de beaucoup assurément l'utilité de cette subrogation. En effet, les détenteurs d'immeubles dont la valeur est absorbée par le montant des créan-

(1) V. Renusson, chap. V, nº 19.

es hypothécaires, en employant ce moyen, s'assurent généralement davantage encore la conservation des biens par eux acquis.

160. L'article 874 porte que le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé demeure subrogé aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel.

Il n'est, en effet, point tenu des dettes du défunt. (Art. 871.)

Mais on peut demander s'il n'est subrogé seulement que contre ceux qui étaient personnellement tenus de la dette hypothécaire qu'il a acquittée de ses deniers pour n'être point obligé de faire le délaissement ou de subir l'expropriation; ou s'il a aussi la subrogation contre des créanciers ayant hypothèque sur le même immeuble, et postérieurs à celui ou à ceux qu'il a payés, et qui croiraient devoir faire vendre sur lui l'immeuble faute de payement?

S'il l'a pareillement par rapport à l'hypothèque du créancier sur les autres biens affectés à la même dette, et qui se trouvent encore dans la main des héritiers, ou même qui ont été aliénés?

L'on sent en effet que c'est relativement aux hypothèques que la subrogation lui est principalement utile; car, pour l'action personnelle du créancier payé contre les héritiers, cette subrogation est de bien peu d'importance, puisque l'action *negotiorum gestorum* qu'il a contre eux pour avoir fait leur affaire en payant leur dette, lui suffirait, et produirait généralement les mêmes résultats que la première.

La question est surtout importante dans le cas où les héritiers ou successeurs à titre universel se trouveraient insolvables au moment où le légataire, après avoir payé la dette hypothécaire, voudrait exercer son recours; elle a alors le même intérêt qu'à l'égard de l'acheteur lorsque le vendeur est insolvable, et qu'il y a, comme dans le cas dont il s'agit, d'autres immeubles hypothéqués à la même dette, soit dans la main du vendeur, soit dans celle des tiers, ou bien qu'il y a des créanciers ayant hypothèque sur le même immeuble, mais postérieurs à ceux payés par l'acheteur.

Elle est la même à l'égard du donataire d'immeubles dans le même cas.

Il faut bien remarquer, au surplus, qu'il ne s'agit pas de faire profiter du legs le légataire, au préjudice des créanciers du défunt; car les legs n'ont effet qu'autant qu'il y a d'abord de quoi payer toutes les dettes.

Les motifs qui militent en faveur d'un légataire ou d'un donataire d'immeubles qui paye de ses deniers les dettes hypothécaires dont les biens sont grevés, sont évidemment les mêmes que ceux qui militent en faveur d'un acheteur qui emploie son prix, ou de ses deniers en sus de son prix, pour payer les créanciers ayant hypothèque sur les biens achetés; c'est également pour conserver la possession de sa chose qu'il fait le payement; c'est dans son intérêt qu'il agit, du moins principalement : ce qu'il a en vue, c'est de libérer l'immeuble dont il est détenteur; et c'est pour cela, à n'en pas douter, que le Code accorde la subrogation à ce légataire contre les héritiers ou successeurs universels tenus personnellement de la dette. Toutefois, cette analogie de motifs ne suffirait pas pour décider qu'il y a subrogation légale, si le légataire ne pouvait invoquer que cela en sa faveur; car, ainsi que nous l'avons fait remarquer, les analogies ne sont point admises en cette matière. Mais ne peut-on pas dire que s'il n'est pas textuellement subrogé à l'hypothèque du créancier par l'art. 874, ni par le n° 2 de l'art. 1251, en ce qui concerne d'autres personnes que les héritiers et successeurs universels, il l'est du moins par le n° 3 de ce dernier article combiné avec le n° 1 de l'art. 1250, ce qui s'applique aussi au donataire? Ne peut-on pas soutenir, en effet, que l'un et l'autre ont été considérés comme tenus pour d'autres, ou avec d'autres, au payement de la dette, comme ayant intérêt à l'acquitter, afin de n'être pas dépossédés de l'immeuble légué ou donné? Nous le croyons effectivement.

Il est bien vrai que l'on peut objecter que si les rédacteurs du Code avaient envisagé un détenteur d'immeubles grevés d'hypothèques comme *tenu pour d'autres ou avec d'autres, au payement de la dette,* par cela seul qu'il a intérêt à ce qu'elle soit acquittée, il était superflu de porter une disposition spéciale pour attri-

buer la subrogation à l'acquéreur, ainsi qu'on l'a fait par le n° 2 de l'art. 1251, puisqu'il se serait trouvé compris dans celle du n° 3. Mais quoique cette objection ne soit pas sans quelque force, néanmoins elle ne nous paraît point décisive pour qu'on doive dire que cette dernière disposition n'est pas applicable à un légataire et à un donataire d'immeubles grevés d'hypothèques, qui ont payé des dettes hypothécaires, ou que si elle leur est applicable, ce n'est qu'en tant seulement qu'elle les subroge vis-à-vis des débiteurs, et non à l'égard des tiers qui auraient intérêt à l'extinction de l'hypothèque du créancier payé. D'abord ce serait scinder les effets de la subrogation et très-probablement contre la pensée du législateur. En second lieu, la disposition du n° 2 de l'art. 1251, qui paraît surabondante dans le système de l'objection, peut s'expliquer naturellement : le cas d'un acheteur étant prévu par les lois romaines, et discuté par tous les auteurs qui ont traité de la matière, les rédacteurs du Code ont cru devoir l'insérer textuellement dans la loi; et ensuite, voulant trancher les difficultés qui s'étaient élevées dans l'ancien droit à l'égard de ceux qui ont payé une dette qu'ils avaient intérêt à voir acquittée, ils ont établi, comme règle générale, la subrogation de droit au profit *de celui qui, étant tenu avec d'autres, ou pour d'autres, au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter.*

La disposition eût sans doute été plus claire si, sans parler d'abord de celui qui, *étant tenu pour d'autres, ou avec d'autres, au payement de la dette,* elle se fût bornée simplement à attribuer la subrogation *à ceux qui avaient intérêt à l'acquittement de la dette* qu'ils ont payée. Elle eût évidemment, de la sorte, compris aussi tout détenteur quelconque d'immeubles grevés d'hypothèques qui aurait payé les dettes hypothécaires; tandis que si, pour qu'il y ait subrogation de droit d'après cette disposition, la condition indispensable était *d'être tenu pour d'autres ou avec d'autres au payement de la dette,* de manière que l'on dût entendre ces mots, *avait intérêt de l'acquitter,* comme exprimant simplement la conséquence de ce qu'on était tenu pour d'autres ou avec d'autres au payement, ce n'est pas sans quelque raison que l'on prétendrait que cette condition manque à l'égard d'un légataire et d'un donataire à titre particulier, puisqu'ils ne sont point *tenus* des dettes hypothécaires dont les biens donnés ou légués sont grevés, sauf les effets de l'hypothèque *sur l'immeuble,* comme le dit l'article 871. Car, en principe, être *tenu au payement d'une dette,* c'est en être tenu personnellement, soit comme obligé principal, seul ou avec d'autres, soit comme caution ou garant; et un simple détenteur de biens hypothéqués est seulement passible des effets de l'action hypothécaire, effets entièrement indépendants et bien différents de ceux de l'obligation personnelle. C'était ainsi que raisonnait Renusson, qui n'accordait point, comme on va le voir, la subrogation à l'acquéreur, relativement à l'hypothèque du créancier sur d'autres biens que les biens acquis, parce que, disait-il, l'acquéreur est un étranger quant à ces mêmes biens; il n'est point personnellement obligé à la dette, il n'en est pas tenu; c'est la chose qui doit, si l'on peut s'exprimer ainsi, et non lui. Néanmoins nous pensons que, si l'on a considéré le légataire comme *étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au payement de la dette, et ayant intérêt de l'acquitter,* à l'effet de le subroger de droit, par l'art. 874, à l'action du créancier contre les héritiers ou successeurs à titre universel, ce n'a pas été d'une manière simplement relative à ces derniers; nous croyons qu'on l'a considéré aussi comme tel, à l'effet d'être pareillement subrogé à l'hypothèque du créancier qu'il a payé, vis-à-vis d'autres créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque sur le même immeuble, et qui en poursuivraient la vente, et à celle aussi qui s'étendrait sur d'autres biens affectés à la même dette. Mais sur ce point, ce que nous déciderons tout à l'heure à l'égard d'un acheteur dans le même cas s'appliquera en général aussi à un légataire ou à un donateur.

La subrogation, sans doute, est de droit étroit, mais puisque la troisième disposition de l'art. 1251 ne s'explique pas sur les personnes à qui elle l'accorde, qu'elle est conçue en termes généraux, il est bien permis, sinon de l'étendre, au moins de l'expliquer suivant l'intention probable du législateur; or, nous le répétons, il est invraisemblable qu'on ait

oulu accorder seulement la subrogation au gataire contre les héritiers, et la lui refuser ntre les créanciers, tandis qu'il avait beauoup plus d'intérêt à pouvoir en invoquer les ffets contre ceux-ci que contre ceux-là; car il vait contre les héritiers l'action *negotiorum estorum*, pour avoir payé leur dette, et qui evait généralement produire pour lui des résultats aussi avantageux que ceux de l'action u'il exercerait contre eux en vertu de la subroation; et s'il a été fait mention, dans l'art. 874, eulement des héritiers et successeurs à titre niversel, c'est parce qu'il ne s'agissait là que e régler les rapports du légataire avec ses éritiers ou successeurs.

161. Cela nous amène à traiter la question elativement à l'acheteur de partie des biens ypothéqués à la même dette, qu'il a payée our n'être pas forcé de délaisser ou de subir expropriation, à cause de l'indivisibilité de hypothèque (art. 2114). A-t-il la subrogation on-seulement contre les créanciers hypothéaires postérieurs à lui sur l'immeuble vendu, onformément au n° 2 de l'art. 1251, mais ncore quant à l'hypothèque du créancier sur s autres biens affectés à la même dette, et ar application du n° 3, soit que ces biens se ouvent aliénés au moment où il veut exercer on recours, soit qu'ils se trouvent encore dans a main du vendeur?

Dans les anciens principes, l'on tenait généalement que la subrogation n'avait effet que ur la chose même acquise par l'acheteur qui vait payé la dette hypothécaire. Dans son anayse du titre du Code *de his qui in priorum reditorum locum succedunt*, Cujas dit, en xpliquant la loi 3 à ce titre, d'où la disposition u n° 2 de notre art. 1251 a été tirée : *In câ e, emptor potior erit omnibus creditoribus inerioribus.*

Cette interprétation était devenue générale, 'était notamment celle de Renusson (1), qui 'admettait même pas que la subrogation conentionnelle pût avoir effet contre les détenteurs des autres biens hypothéqués à la dette, parce que, disait-il, la subrogation conventionnelle n'a pas plus d'effet que la subrogation légale. Mais ce raisonnement était sans force, puisqu'il ne résulte pas de là que la subrogation conventionnelle ne puisse avoir lieu que dans les cas où la subrogation de droit est elle-même admise. Aussi l'opinion de Renusson en ce point n'était point suivie.

Loyseau admettait même la subrogation légale, parce qu'elle a lieu au profit de l'héritier qui a payé une dette hypothécaire de la succession. Renusson a combattu Loyseau, en se fondant sur ce que les héritiers sont tenus personnellement des dettes du défunt pour leur part héréditaire, au lieu qu'un acquéreur ou tiers détenteur n'est point tenu personnellement des dettes hypothécaires qui grèvent le fonds. On ne peut pas dire, suivant Renusson, que ce détenteur est tenu pour d'autres ou avec d'autres au payement de la dette, quoiqu'il ait certainement intérêt à ce qu'elle soit acquittée. Mais on pouvait répondre à Renusson qu'un héritier détenteur d'un bien hypothéqué par le défunt, n'est tenu personnellement de la dette que pour sa part héréditaire; qu'il est étranger aux parts des autres; que pour ces parts, il n'est tenu ni pour d'autres ni avec d'autres, bien qu'il ait, en sa qualité de détenteur du fonds hypothéqué, intérêt à ce qu'elle soit acquittée. Quoi qu'il en soit, le seul intérêt pour une personne à ce que la dette soit acquittée ne suffisait pas, aux yeux de Renusson, pour qu'il y ait subrogation de plein droit au profit de cette personne.

Plusieurs interprètes du Code ont pareillement discuté la question.

M. Delvincourt regarde comme étant tenu *pour d'autres et avec d'autres au payement de la dette*, le tiers détenteur; en conséquence, il décide qu'il est subrogé de plein droit à l'action hypothécaire du créancier, non-seulement vis-à-vis des autres créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble, et cela, en vertu du n° 2 de l'art. 1251, mais encore envers les autres dé-

(1) Chap. V de son *Traité de la Subrogation*, nos 42 et uivants, où la question est discutée avec étendue. *Voy.* ussi Lacombe, vo *Subrogation*, no 8; Argout, *Institutions au droit français*, liv. 4, chap. V, tom. II, p. 425; et Pothier, *des Obligations*, no 521.

tenteurs de biens hypothéqués à la même dette, en vertu du n° 3 du même article.

M. Toullier (t. 7 n° 145) avait d'abord embrassé l'opinion généralement admise dans l'ancienne jurisprudence, en reconnaissant toutefois, contrairement au sentiment particulier de Renusson, que la subrogation consentie par le créancier devait produire ses effets, ce dont il ne fait même pas la matière d'une question; mais dans des notes placées sous les n°s 145 et 146 du tome 7 de la dernière édition de son ouvrage, il déclare, par le motif donné par M. Delvincourt, rétracter l'opinion qu'il avait émise relativement à la subrogation légale. Il reconnaît aujourd'hui que l'acquéreur de partie des biens hypothéqués à une même dette, qu'il a payée avec le prix de son acquisition ou au-delà de son prix, est subrogé, de plein droit, à l'hypothèque du créancier, non-seulement par rapport aux autres biens frappés de la même hypothèque, qui se trouveraient encore dans la main du débiteur, mais aussi par rapport à ceux de ces biens qui se trouveraient dans la main d'un tiers.

Cet auteur paraît même accorder la subrogation pour tout ce qui serait dû au détenteur qui a payé la dette hypothécaire, sans faire attention que de cette manière la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur retomberait en totalité sur les autres détenteurs, s'ils ne jugeaient à propos de faire le délaissement; ce qui ne serait pas juste. Nous allons expliquer comment on devrait procéder en pareil cas.

Entraîné par l'autorité de l'ancienne jurisprudence et des auteurs, nous avions d'abord écrit, dans notre *Traité des Contrats et des obligations*, que la subrogation légale n'existe, quant à l'hypothèque du créancier payé par l'acquéreur, que par rapport à la chose par lui acquise, par conséquent vis-à-vis seulement des créanciers ayant hypothèque sur cette même chose, et inférieurs en ordre à ceux qu'il a payés. Nous nous fondions principalement sur ce que le motif qui a fait introduire la subrogation dans ce cas, a été de donner à l'acquéreur le moyen, plus ou moins efficace, de conserver la possession de la chose par lui acquise : or, comme disait Renusson, cet acquéreur est étranger aux autres biens du débiteur, quoiqu'hypothéqués à la même dette.

Et quant à ce que le n° 3 de l'art. 1251 accorde la subrogation de droit à celui qui, étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au payement de la dette, avait intérêt à l'acquitter, il nous semblait que cette disposition n'était point applicable à un détenteur hypothécaire vis-à-vis d'autres détenteurs de biens soumis à la même hypothèque : premièrement, parce que l'on peut dire que si les rédacteurs du Code l'avaient considéré comme étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au payement de la dette, par cela seul qu'il a intérêt à ce qu'elle soit acquittée, il n'était pas nécessaire de porter une disposition spéciale pour lui, puisqu'il se trouvait compris dans celle du n° 3 de l'article; en second lieu, nous pensions avec Renusson et presque tous les auteurs qui ont traité de la matière, qu'on ne peut pas dire, en principes purs, qu'on est tenu pour d'autres ou avec d'autres au payement d'une dette qu'on n'a point soi-même contractée, ou dont on ne s'est point rendu garant, ou caution; c'est la chose hypothéquée qui est tenue, c'est la chose qui doit, si l'on peut s'exprimer ainsi, mais non le simple détenteur.

Nous admettons, du reste, que la subrogation conventionnelle peut avoir lieu, contrairement à l'opinion de Renusson, et nous reconnaissions même que l'acquéreur qui, en payant la dette hypothécaire, avait affranchi aussi les immeubles qui se trouvaient dans la main d'autres détenteurs, avait contre ces derniers une action pour être indemnisé, *à l'instar* de l'action *negotiorum gestorum utilis* des Romains et nous mesurions les effets de cette action dans la proportion de l'utilité que le payement de la dette avait procurée à chacun des détenteurs en prenant en considération les payements que les uns ou les autres pouvaient avoir faits de leur prix, et la valeur respective des biens. Mais cette action *negotiorum gestorum* n'était point, comme de raison, accompagnée de l'hypothèque du créancier, puisqu'il n'y avait pas selon notre opinion d'alors, de subrogation légale; et le débiteur contre qui elle était exercée pouvait même requérir la discussion préalable du débiteur.

Après avoir médité de nouveau cette importante question, et l'avoir envisagée sous toutes ses faces, nous avons fini par penser que l'intention des rédacteurs du Code a été d'établir la subrogation légale, en faveur de l'acquéreur, à l'hypothèque du créancier, sur tous les biens affectés à la dette : d'abord, parce que le n° 2 de l'art. 1251 l'a consacré d'une manière générale au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué, sans en restreindre, comme dans l'ancien droit, les effets à cet immeuble. En second lieu, parce qu'il est extrêmement probable qu'ils ont considéré un détenteur d'immeubles hypothéqués comme *étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au payement de la dette,* par cela qu'il a intérêt à l'acquitter pour conserver sa possession, ce qui le place dans le cas du n° 3 du même article (1).

162. Mais serait-il juste qu'il pût forcer un autre détenteur à lui rembourser la totalité de ce qu'il a payé au créancier en sus de son prix ou à délaisser, lors même que cet autre détenteur se trouverait avoir déjà payé le sien au vendeur au moment où la subrogation serait exercée contre lui? Non assurément, autrement il y aurait une inégalité choquante entre personnes qui sont cependant dans la même position. Posons un exemple :

Titius est débiteur envers Sempronius d'une somme de 50,000 fr., sous l'hypothèque des maisons A et B.

Titius vend la maison A à Gaïus, moyennant 30,000 fr., payables à certaines époques, et la maison B à Claudius, moyennant 20,000 fr., que celui-ci paye comptant.

Sempronius, créancier, poursuit hypothécairement Gaïus, qui lui paye les 50,000 fr. montant de la dette hypothécaire, sans avoir la précaution de se faire subroger, soit parce qu'il croyait avoir la subrogation de droit, soit parce qu'il comptait sur la solvabilité de Titius, son vendeur, mais attente qui a été trompée.

Gaïus, à son tour, poursuit Claudius en remboursement des 20,000 fr. qu'il a payés à Sempronius en sus de son prix, si mieux n'aime Claudius délaisser la maison B par lui acquise. Mais comme ce dernier avait payé son prix au vendeur, s'il était obligé de rembourser les 20,000 fr., il les perdrait ou serait exposé à les perdre, par suite de l'insolvabilité de ce dernier, tandis que Gaïus serait parfaitement indemne. Or, c'est ce que nous ne saurions admettre. Il nous semble qu'il serait plus juste de répartir ces 20,000 fr. entre les deux détenteurs, en proportion de la valeur respective des objets de leurs acquisitions, sauf leur recours contre le vendeur. Renusson aurait voulu aussi cette répartition, s'il eût admis la subrogation.

Si, en conservant l'espèce pour le surplus, l'on suppose, au contraire, que c'est Gaïus qui avait payé son vendeur, et non Claudius, celui-ci devrait d'abord compter à Gaïus les 20,000 fr. qui forment le prix de la maison B, car il les doit personnellement en vertu de son obligation comme acheteur; et quant aux 20,000 fr. surplus de la dette hypothécaire, et payés par Gaïus en sus de son prix, ils devraient aussi se répartir entre les deux détenteurs, en proportion de la valeur respective de leurs fonds, sauf à Claudius à délaisser, s'il le jugeait convenable, pour se dispenser de contribuer; mais cela ne le dispenserait nullement de payer les 20,000 fr. formant son prix, puisqu'il les doit en vertu de son engagement personnel.

Si tous deux avaient déjà payé leur prix intégralement au moment où la dette a été payée par Gaïus, ou même lorsque celui-ci exerce son recours contre Claudius, les 50,000 fr., montant de cette dette, devraient se répartir proportionnellement à la valeur respective des deux immeubles, sauf toujours pour Claudius la faculté de délaisser, et à tous deux leur recours contre le vendeur.

Enfin, si ni l'un ni l'autre n'avait payé son prix, Gaïus, qui a soldé la dette hypothécaire,

(1)* Troplong, *des Hyp.*, n° 359; Grenier, *Hyp.*, n° 496; Cass., 8 janvier 1833; Paris, 20 décembre 1834, 19 décembre 1835, 8 décembre 1836; Sirey, 33, 1, 81; 36, 159. — *Contrà*, Bourges, 10 juillet 1829 : Sirey, 30, 219; Paris, 10 juin 1833; Sirey, 33, 2, 451.

confondrait avec le sien 30,000 fr. de la somme qu'il a comptée à Sempronius, et Claudius lui payerait les 20,000 fr. qu'il doit.

163. L'on peut de la sorte résoudre les espèces analogues qui peuvent se présenter, en modifiant la solution selon que les faits et les circonstances de la cause le demanderaient; et nous pensons qu'il en devrait être de même, en thèse générale, encore que le détenteur qui aurait payé la dette hypothécaire se fût fait subroger par le créancier; autrement l'avantage d'être affranchi de la perte et de la faire supporter en entier par un autre détenteur, serait pour ainsi dire le prix de la course, ou d'une préférence arbitraire de la part du créancier; ce qui ne doit pas être, en bonne justice. S'il y a des pertes à souffrir, elles doivent être supportées par tous, puisque tous sont dans le même cas.

L'on ne peut guère contester que le détenteur auquel s'adresse un créancier hypothécaire ne soit bien fondé à lui demander la subrogation, en offrant de le payer; il y a même motif que dans les cas pour lesquels, dans le droit romain, on avait établi spécialement l'exception *cedendarum actionum;* or, celui des détenteurs qui est poursuivi par un autre détenteur qui a payé la dette, peut lui dire avec raison : Comme vous n'agissez contre moi qu'en vertu de la subrogation aux droits du créancier par vous payé, je dois pouvoir exiger de vous ce que j'aurais pu exiger de lui, c'est-à-dire que vous me subrogiez à votre tour. Mais alors on entrerait dans un circuit d'actions tout à fait contraire à la raison et aux principes du droit : pour l'éviter, la répartition dont nous venons de parler est un moyen tout à la fois facile et équitable.

164. Quant aux biens hypothéqués à la même dette qui se trouveraient encore dans la main du débiteur, l'exercice de la subrogation présente moins de difficultés qu'à l'égard de ceux qui ont été aliénés. L'acquéreur exercera l'hypothèque du créancier payé sur ces mêmes biens pour le montant de son action en recours.

Et dans l'exercice de la subrogation par le détenteur d'une partie des biens contre un autre détenteur, on prendrait aussi, dans la répartition dont nous venons de parler, en considération l'importance des biens qui se trouveraient encore dans la main du débiteur.

165. Enfin, les mêmes décisions s'appliqueraient aussi à un légataire et à un donataire à titre particulier, vis-à-vis d'autres acquéreurs à titre gratuit comme eux, et même, généralement du moins, vis-à-vis des acquéreurs à titre onéreux ; car, ce légataire ou donataire n'étant pas tenu personnellement des dettes dont le fonds légué ou donné était grevé, et qu'il a payées, il est, ainsi que nous l'avons dit plus haut, subrogé de droit aux actions et hypothèques du créancier qu'il a soldé de ses deniers; il y a donc lieu aussi, par conséquent, de répartir entre les différents détenteurs des biens hypothéqués à la même dette, le montant du recours, pour que l'un d'eux n'ait pas à supporter seul la perte qui résulterait de l'insolvabilité du débiteur.

166. Le troisième cas de subrogation légale, d'après l'art. 1251, est celui où un payement a été fait par une personne qui était tenue pour d'autres ou avec d'autres, et qui avait par cela même intérêt à ce que la dette fût acquittée; ce qui a lieu dans plusieurs espèces qu'il convient d'analyser, nonobstant ce que nous avons déjà dit sur les détenteurs de biens hypothéqués qui ont payé les dettes hypothécaires.

167. Ainsi, 1° la subrogation légale a lieu au profit du débiteur solidaire qui paye au delà de sa part dans la dette commune, sauf toutefois l'hypothèse où l'affaire pour laquelle la dette a été contractée le concernait seul, et où par cela même les autres débiteurs n'étaient, par rapport à lui, que ses cautions (art. 1216) ; car, dans ce cas, il est clair que n'ayant aucun recours à exercer contre eux, il n'y a aucune subrogation à son profit.

Lorsque la dette solidaire a été contractée dans l'intérêt commun des débiteurs, celui qui l'a payée en totalité, ou au delà de sa part, a la subrogation contre les autres, mais seulement contre chacun d'eux pour sa part et ce

u'il aurait à supporter de la perte résultant e l'insolvabilité de l'un ou plusieurs d'entre ux, conformément à l'art. 1214.

168. Au tome précédent (n°' 243 et 244), n traitant de la solidarité, nous avons dit que i subrogation conventionnelle n'a point en cela es effets plus étendus que ceux de la subroation légale, et en conséquence que, dans le as même où celui des débiteurs qui a payé la ette se serait fait subroger par le créancier, ne pourrait toujours poursuivre chacun de es codébiteurs que pour sa part et celle qu'il urait à supporter dans les insolvabilités, s'il en avait. Tel était aussi le sentiment de Pohier (1). Nous avons même ajouté que, quoiue l'un des débiteurs eût fourni une hypoièque sur ses biens personnels, celui qui a ayé la dette ne pourrait le poursuivre hypohécairement au delà de cette quotité, nonobtant l'indivisibilité de l'hypothèque (art. 2114); ue tel est l'esprit du Code, démontré par art. 875, qui statue sur un cas analogue, insi que nous l'avons prouvé.

Mais comme M. Toullier prétend, au conraire, dans une discussion fort étendue, à laquelle il s'est livré en traitant de la subrogaion (2), que le codébiteur solidaire qui a payé a dette et qui s'est fait subroger par le créanier, peut poursuivre chacun de ses codébiteurs our le tout, moins sa part virile et sa part ans les insolvabilités, s'il s'en trouve, et que et auteur donne à l'appui de son sentiment des aisons qui ne sont pas sans quelque poids, ous croyons devoir discuter de nouveau ce oint pour réfuter ses raisonnements.

A plus forte raison M. Toullier déciderait-il, ans le cas où l'un des codébiteurs aurait ourni une hypothèque sur ses biens, que le ecours exercé par action hypothécaire peut voir lieu pour le tout contre ce débiteur, moins outefois la part de celui qui a payé la dette. lais il ne s'explique pas sur ce cas.

Il rappelle la diversité de l'ancienne jurisrudence sur l'effet de la subrogation convenonnelle au profit du débiteur solidaire qui a cquitté l'obligation; il rapporte aussi la contrariété des opinions des auteurs sur ce point, et il s'attache à démontrer que le circuit d'actions que Pothier a signalé comme devant être le résultat de la solidarité du recours, et qu'on doit éviter comme contraire aux principes du droit, n'existerait réellement pas, que c'est une pure illusion qui a séduit Pothier.

Partant de ce point, qu'il croit avoir démontré, M. Toullier dit qu'il n'y a pas de motif réel pour que le créancier, qui pouvait céder ses actions à un tiers avec l'effet de la solidarité contre chacun des débiteurs, soit par vente, soit en recevant de lui son payement et en le subrogeant, ne puisse également les céder à l'un d'eux en recevant de lui le payement de la dette; sauf à ce débiteur à déduire de son action en recours contre celui auquel il s'adressera ensuite, sa portion virile dans l'obligation, et sa part dans les insolvabilités, s'il y en avait.

Il ajoute que si l'un des débiteurs avait d'abord payé sa part, et que le créancier l'eût déchargé de la solidarité, ce débiteur serait par cela même devenu étranger à l'affaire, et qu'alors le créancier pouvant lui céder ses actions comme à un tiers, pour le surplus de ce qui lui resterait dû, et avec les effets de la solidarité, il doit pouvoir également le faire en recevant de lui le payement de la dette en totalité.

Il soutient que par un tel payement, celui qui le fait *acquiert* la créance et ne l'éteint point si ce n'est pour sa part, et par conséquent qu'il en doit être à son égard comme à l'égard d'un tiers, parce que le créancier a pu lui vendre, lui transporter son action comme à un tiers, attendu que la chose était dans le commerce et que tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter et vendre; et que c'est réellement ce qu'il a fait en le subrogeant à ses droits contre les autres codébiteurs.

Il dit aussi que lorsque la confusion s'opère dans la personne de l'un des débiteurs en devenant héritier unique du créancier, ou *vice versâ*, la dette n'est bien éteinte que pour la part de ce débiteur : que l'action solidaire pour le surplus subsiste toujours contre chacun

(1) Traité *des Obligations*, n° 281.

(2) Tome IV, n° 163.

des autres (art. 1209), sauf aussi la réduction pour la part du débiteur dans les insolvabilités, s'il y en avait, et qu'on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même dans le cas du payement fait par l'un des débiteurs avec subrogation conventionnelle ou cession des actions du créancier contre les autres.

Enfin, il pense que cela simplifierait l'exercice du recours et diminuerait le nombre des procès : chose toutefois que nous ne croyons pas, et que la loi elle-même n'a pas supposé davantage, puisqu'elle n'a établi le recours que d'une manière divisée. Mais, quoi qu'il en soit du mérite de ce raisonnement de M. Toullier, nous pensons que cet auteur n'a pas, quant au point dont il s'agit, suffisamment approfondi la nature de l'obligation solidaire dans notre droit.

En effet, cette obligation forme une société entre ceux qui en sont tenus, lesquels se donnent par cela même réciproquement mandat de payer la dette, dans l'intérêt commun; et il ne doit pas dépendre de l'un d'eux d'en changer les résultats tels qu'ils sont réglés par la loi, en se faisant céder l'action du créancier, pas plus qu'il ne doit dépendre de celui-ci, en lui faisant cette cession, de changer les rapports qui devaient exister entre les débiteurs et auxquels ils se sont attendus en contractant la dette. Ce qu'il reçoit de l'un d'eux, c'est *le payement* de cette dette, et non *le prix* d'une vente de l'action; ce qui établit une différence essentielle d'avec le cas où il transporte, vend ou cède ses droits à un tiers. Le codébiteur qui paye la dette, la paye dans l'intérêt de tous ses codébiteurs comme dans le sien; ils se sont tous donné mandat réciproquement pour faire ce payement; ils se sont tous associés pour cela. Au contraire, un tiers n'achète la créance que pour lui; et dans le cas où c'est un payement qu'il fait avec subrogation, ce n'est point son affaire qu'il entend faire, c'est celle du débiteur. Ces différences dans l'origine des droits de l'un et de l'autre, doivent en amener dans les effets; ce qui détruit la parité de motifs qu'a cru voir M. Toullier.

Ce n'est pas tout, et sans nous attacher à démontrer que le circuit d'actions en recours qu'a signalé Pothier, et que M. Toullier nie, n'est cependant pas une pure illusion, nous dirons qu'il y a dans notre droit encore un autre motif pour que le recours ne s'exerce que divisément, nonobstant la subrogation conventionnelle. Ce motif, c'est la garantie que se doivent les codébiteurs à raison de l'insolvabilité de tel ou tel d'entre eux; et bien que M. Toullier lui-même dise que l'action en recours de celui qui a payé la dette ne doit s'exercer contre un autre codébiteur que déduction faite aussi de la part du premier dans les insolvabilités, s'il y en a, cela ne détruit pas la force de ce motif; au contraire, cela en confirme la réalité: car alors la solidarité du recours n'a plus d'objet important, et la loi n'avait plus de raison suffisante ni de l'établir, ni même d'en autoriser la stipulation, d'après les effets qu'elle a fait produire aux obligations solidaires.

Il en doit être, en effet, de ce cas comme de celui prévu à l'art. 875, dont M. Toullier n'a pas pénétré le véritable sens quand il a supposé que c'est dans l'hypothèse seulement où l'héritier qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part dans la dette commune, agirait en recours par *action personnelle* contre ses cohéritiers, que cet article veut qu'il ne puisse demander à chacun que sa part dans la dette, lors même *qu'il se serait fait subroger par le créancier;* car bien loin de là, c'est dans le cas même où cet héritier agirait par *action hypothécaire* contre des cohéritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette (1), puisque autrement il eût été bien inutile de porter une disposition pour interdire à l'héritier subrogé de demander, en vertu de la subrogation, à chacun de ses cohéritiers, plus que le subrogeant n'eût pu lui demander lui-même, un subrogé ne pouvant avoir que les droits du subrogeant. Or, le créancier n'eût pu demander à chacun des héritiers, par action personnelle, que sa part héréditaire seulement dans la dette du défunt, conformément aux art. 873 et 1220; donc l'héritier subrogé ne pouvait pareillement recourir contre chacun de ses cohéritiers, par l'action personnelle du créancier, que pour leurs parts héréditaires; donc il eût été inutile

(1) *Voyez* ce que nous avons dit aussi à cet égard, au tome IV, nos 416 et suivants.

le porter une disposition spéciale pour régler l'étendue de ce recours de l'héritier agissant par action personnelle; donc on a voulu aussi le régler de la même manière quoiqu'il l'exerçât par action hypothécaire, et qu'il se fût fait subroger.

Ainsi, l'on suppose bien réellement, dans l'art. 875, que l'héritier subrogé par le créancier a même l'action hypothécaire, et néanmoins il ne peut demander à chacun de ses cohéritiers que leur part dans la dette, et aussi, d'après l'art. 876, leur part dans les insolvabilités, s'il y en a. Mais précisément comme la perte dans le cas de dettes solidaires se répartit aussi entre le débiteur qui a payé la dette et les codébiteurs solvables (art. 1214), on doit dire pareillement, que la convention de subrogation n'a pas à leur égard des effets plus étendus que n'en a la subrogation légale, encore que l'un des débiteurs eût fourni une hypothèque sur ses biens; seulement dans ce cas, le débiteur pourrait être poursuivi hypothécairement pour sa part, et pour celle qu'il aurait à supporter dans les insolvabilités, s'il y en avait. Pour cela l'hypothèque sera indivisible dans ses effets comme dans les cas ordinaires. Justinien n'avait pas d'ailleurs entendu détruire, mais seulement modifier les effets de l'indivisibilité de l'hypothèque qu'il a donnée aux légataires sur les biens de l'hérédité, en décidant (1) qu'ils ne pourraient néanmoins poursuivre hypothécairement chacun des héritiers, que pour la part dont il serait personnellement tenu dans le legs; car, l'hypothèque restait indivisible dans la mesure de la dette de chacun. Or l'art. 2114 lui-même ne dit pas que l'hypothèque est essentiellement indivisible, il dit seulement qu'elle est indivisible de sa *nature*, ce qui est bien différent.

Tel est, nous le croyons, le véritable esprit du Code; il a voulu prévenir ces recours réciproques en garantie auxquels donneraient lieu les insolvabilités; et cela est bien moins incontestable encore lorsqu'il n'y a pas d'hypothèque.

(1) Par la loi première au Code, *communia de legatis fideicommissis et de in rem missione tollendâ*. Voyez tome V, no 584, ce que nous avons dit sur ce point.

Peu importe qu'il en soit autrement dans le cas de confusion, car le cas est différent; le législateur l'a bien senti, puisqu'il divise l'action en recours dans celui du payement de la dette, et maintient la solidarité dans celui de la confusion, en réduisant seulement la dette pour la part du débiteur dans la personne duquel elle s'est opérée, et sa part aussi dans les insolvabilités, s'il y en avait (par argument des art. 1214 et 1215). Dans le cas de la confusion, la dette n'est pas payée, elle n'est même que fictivement éteinte; c'est l'action qui est éteinte, parce qu'on ne peut pas se poursuivre soi-même; d'où les docteurs disent : *confusio potiùs eximit personam ab obligatione, quàm extinguit obligationem;* et tout ce qu'on peut en inférer, c'est que le débiteur solidaire qui a succédé au créancier, *aut vice versâ,* est censé s'être payé sa part dans la dette; mais on ne peut pas également supposer qu'il s'est payé la dette entière, puisqu'il reste d'autres personnes obligées à cette dette, et qu'il peut poursuivre. Au lieu que dans le cas d'un payement réel, le débiteur a non-seulement payé sa part, mais encore celle de ses codébiteurs; il a donc éteint la dette en totalité, en ce qui concerne le créancier, sauf son recours contre les codébiteurs, et avec les effets de la subrogation, parce que par la faveur de la loi, cette dette, dans ce cas, n'est éteinte que d'une manière relative pour les parts des autres débiteurs.

169. 2° La subrogation de plein droit a lieu aussi au profit de celui qui était tenu avec d'autres au payement d'une dette indivisible, et qui par cela même ne pouvait faire son affaire, en la payant, sans faire aussi celle des autres débiteurs. Et il est indifférent, à cet égard, que la dette ait été contractée par les débiteurs eux-mêmes, ou qu'ils en soient tenus en qualité d'héritiers.

Nous verrons plus tard si la circonstance qu'une dette divisible due par plusieurs sans solidarité serait avec hypothèque établie sur des biens communs, ou sur les biens de l'un des débiteurs, donne lieu à la subrogation légale au profit de celui qui l'a payée.

170. 3° La subrogation a pareillement lieu

en faveur de la caution, ou du cofidéjusseur qui a acquitté l'obligation; et elle existe au profit du cofidéjusseur non-seulement contre le débiteur ou les débiteurs principaux, mais aussi contre les cofidéjusseurs; car il était tenu avec eux au payement de la dette, et avait par conséquent intérêt à ce qu'elle fût acquittée. Aussi, l'art. 2033 lui donne-t-il un recours contre chacun d'eux pour sa part, et par argument de l'art. 1214, s'il y en avait d'insolvables, les insolvabilités devraient se répartir entre lui et les autres cofidéjusseurs solvables; car il ne serait pas juste qu'il supportât seul la perte dans une affaire où tous étaient engagés, où tous avaient intérêt à l'acquittement de la dette.

Les cofidéjusseurs sont ceux qui sont obligés pour la même ou les mêmes personnes, et pour la même dette (1). (Art. 2033, et LL. 43 et 51, § 2, ff. *de fidejuss. et mandat.*)

S'il y avait plusieurs débiteurs, qui fussent tenus tous solidairement, et plusieurs cofidéjusseurs ayant répondu pour tous, celui des cofidéjusseurs qui aurait payé la dette, serait bien subrogé pour le tout contre chacun des codébiteurs, comme s'il eût répondu seul pour tous (art. 2030); mais, il n'aurait néanmoins contre chacun de ses cofidéjusseurs qu'un recours pour sa part (2033) et pour celle qu'il aurait à supporter dans les insolvabilités, s'il y en avait (argument de l'art. 1214), quand même il se serait fait subroger par le créancier; car, ce que nous avons dit à cet égard sur le codébiteur solidaire qui a payé la dette, est applicable aussi au fidéjusseur vis-à-vis de ses cofidéjusseurs.

Si diverses personnes ont cautionné des débiteurs solidaires individuellement, et que l'une d'elles ait payé toute la dette, elle est bien subrogée pour le tout contre le débiteur qu'elle a cautionné, mais elle ne l'est contre les autres et contre leurs cautions que de la même manière que l'eût été ce débiteur, dont elle exerce les droits à cet égard, c'est-à-dire, contre chacun des débiteurs pour sa part, et sa portion dans les insolvabilités, s'il y en a, et contre la caution de chacun d'eux pour la même quotité.

Toutefois, si elle s'était fait subroger par le créancier, elle aurait directement l'action de celui-ci contre tous les codébiteurs et contre la caution de chacun d'eux, ainsi que l'aurait une personne entièrement étrangère à l'affaire, parce qu'en effet elle est un tiers par rapport aux débiteurs qu'elle n'a point cautionnés, et par rapport à leurs cautions; et elle pourrait demander à chacun des codébiteurs, ainsi qu'à sa caution, la totalité de la dette, moins la part du débiteur pour lequel elle a répondu et ce que celui-ci aurait à supporter dans la perte résultant de l'insolvabilité de tel ou tel de ses codébiteurs.

La même chose a lieu dans le cas où une seule caution a répondu pour un des débiteurs seulement.

Dans ces cas, la subrogation conventionnelle a pour la caution qui a payé la dette, des effets plus étendus que ceux de la subrogation légale, mais cela tient à la nature de l'affaire; c'est parce que la subrogation légale n'est exercée par cette caution contre les débiteurs qu'elle n'a point cautionnés, que du chef seulement de celui pour lequel elle a répondu, et au second degré; or, ce débiteur n'eût eu lui-même qu'une action divisée contre ses codébiteurs, et leurs cautions. Au lieu que lorsque la caution qui a payé la dette s'est fait subroger par le créancier, elle a tous les droits de ce dernier; or, celui-ci pouvait poursuivre chacun des codébiteurs pour le tout, puisqu'ils sont solidaires, et, par suite il pouvait poursuivre aussi pour le total la caution de chacun d'eux : seulement, cette caution qui a payé la dette est obligée de déduire la part du débiteur qu'elle a cautionné et ce que celui-ci aurait à supporter dans les pertes résultant de l'insolvabilité de tel ou tel des autres débiteurs principaux.

Si les débiteurs n'étaient point solidaires, la caution qui les aurait cautionnés tous, et qui aurait payé toute la dette, n'aurait cependant contre chacun d'eux la subrogation que pour sa part, lors même qu'il y en aurait d'insolvables, attendu que le créancier lui-même ne pouvait rien demander au delà à chacun d'eux, sui-

(1) Il faut aussi que ce soit par le même acte, pour qu'il y ait cofidéjussion proprement dite. Cela est important, à cause du bénéfice de division. *Voyez* à ce sujet le tome précédent, n° 186.

ant ce qui a été démontré au tome précédent, n traitant de la division des dettes.

Mais n'aurait-elle pas, de son chef, l'action olidaire contre chacun d'eux pour tout ce u'elle aurait payé? Ce qui porterait à le pener, c'est la disposition de l'art. 2002 qui déide que « lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire qui leur est commune, chacune d'elles est tenue solidairement des effets du mandat; » r, le cautionnement donné avec l'assentiment u débiteur est un véritable mandat, et c'est our cela que la caution a contre le débiteur u'elle a libéré, l'action *mandati contraria*. léanmoins nous ne croyons pas qu'il en soit insi, parce que l'affaire, dans ce cas, n'était oint *commune*, chacun des débiteurs ne deant que sa part dans la dette, et restant par onséquent étranger à celle d'un autre débieur, tellement qu'il y avait en réalité autant e dettes que de principaux obligés. Et chacun 'eux n'ayant fourni la caution que pour ce u'il devait, quoique tous aient donné la même ersonne, cette caution ne peut demander à hacun, même de son chef, que la somme pour iquelle elle l'a libéré. Nous modifions donc en e point ce que nous avions écrit, au tome III, ° 810 de notre *Traité des contrats*, où nous isions : « Si une personne avait cautionné plusieurs débiteurs non solidaires, l'insolvabilité de l'un de ces débiteurs ne retomberait pas, d'après les règles ordinaires, directement sur les autres, attendu que dans les obligations non solidaires, s'il y a plusieurs obligés, chacun ne doit que sa part, et rien de plus; mais elle y retomberait indirectement par l'effet du cautionnement, parce que la caution qui devait payer pour tous et par cela même toute la dette, devrait être indemnisée par tous et de la totalité de ses déboursés. Le cautionnement formerait dans ce cas, entre les débiteurs, un lien, une sorte de communauté passive, qui n'existerait pas sans lui, la dette n'étant point solidaire; mais la caution n'aurait contre chacun d'eux qu'une action divisée. »

Il y avait, dans cette opinion, tout à la fois ıne inconséquence et une erreur : *une inconséquence;* car si l'on devait, à cause du cautionnement, considérer l'affaire comme commune entre les débiteurs non solidaires, la caution aurait, d'après l'article 2002, une action solidaire contre chacun d'eux, tandis que nous ne lui en accordions qu'une divisée; *une erreur,* parce qu'en effet chacun des débiteurs n'a fourni la caution que pour répondre du payement de sa part dans la dette, part qui était distincte de celles des autres débiteurs; et il n'est pas vraisemblable que ces débiteurs, qui ne se sont point soumis à la solidarité, aient entendu en subir néanmoins indirectement les conséquences les plus importantes, en s'engageant ainsi à supporter l'insolvabilité de tel ou tel d'entre eux.

Mais si, en s'obligeant pour tous, la caution avait stipulé la solidarité pour son recours, ou même une indemnité à raison de l'insolvabilité de quelqu'un d'entre eux, alors on suivrait la convention; autrement la perte résultant de cette insolvabilité serait supportée par elle.

Si la caution qui a payé la dette n'eût cautionné qu'un ou plusieurs de ces débiteurs non solidaires, elle n'aurait la subrogation légale aux droits du créancier que contre celui ou ceux qu'elle aurait cautionnés, et pour la part de chacun d'eux seulement; mais si en payant la dette elle s'était fait subroger par le créancier, alors elle aurait le droit de demander à chacun sa part dans la dette, tout comme le créancier lui-même.

171. Puisque la subrogation de plein droit a lieu au profit des cautions qui ont payé la dette, le créancier ne doit pas les priver des effets qui y sont attachés en ce qui touche les priviléges, hypothèques et autres avantages. Aussi, suivant l'art. 2037, « la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, » hypothèques et priviléges du créancier, ne » peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. »

Ainsi, la mainlevée qu'il donnerait des hypothèques le rendrait non recevable à agir ensuite contre la caution, jusqu'à concurrence du moins de ce que cette caution pourrait manquer de recouvrer du débiteur par ce fait du créancier, ou des cofidéjusseurs, s'il y en avait.

Il n'y a pas à distinguer, comme on le faisait

dans le droit romain (1), entre le cas où le cautionnement résulterait d'un mandat donné à quelqu'un de prêter de l'argent à une autre personne, et le cas d'un cautionnement ordinaire : dans tous, si le créancier se mettait pas son fait hors d'état de pouvoir transmettre à la caution ses priviléges ou hypothèques, il en résulterait libération pour elle. Tandis que dans le droit romain, quand une personne (2) donnait à une autre, mandat de prêter de l'argent à quelqu'un, le mandataire était obligé, par la nature même du mandat, de conserver ses actions au mandant pour que celui-ci pût ensuite plus facilement recouvrer la somme qu'il aurait à payer pour le débiteur; et s'il ne l'avait pas fait, le mandant repoussait l'action du mandat par l'exception née du fait, ou même de la simple négligence du mandataire : telle est la décision formelle de Papinien, dans la loi 95, § 11, ff. *de solut.* Car le mandat produit des obligations de part et d'autre, et il est de principe que celui qui n'a pas exécuté les siennes ne peut pas demander l'exécution de celles de l'autre partie. Au lieu que le cautionnement intervenu hors le cas de mandat ne produisait d'obligation que de la part de la caution seulement; en sorte que si, par motif d'équité, le créancier était tenu, lorsqu'il recevait d'elle son payement, de lui céder ses actions contre le débiteur, et pouvait en conséquence être repoussé de sa demande par l'exception *cedendarum actionum* s'il ne voulait pas les céder, du moins il n'était obligé de les céder que telles qu'il les avait alors, et qu'autant qu'il les avait encore, quelle que fût d'ailleurs la cause qui les eût diminuées ou même éteintes, par exemple une remise faite au débiteur avec réserve des droits contre la caution. (L. 21, § 5, *in fine,* et L. 22, ff. *de pactis* combinées.) *Nec usquàm legitur,* dit Cujas sur cette loi 21, *cogi creditorem fidejussori cedere actionibus sortis.*

Il fait toutefois observer que le fondement de cette distinction a été changé, du moins en grande partie, par la novelle de Justinien, introductive du bénéfice de discussion, *beneficium ordinis : Jure novo,* dit-il, *id haud facilè procedere potest.* Mais il parlait spécialement de l'effet du pacte de remise au profit du débiteur, avec réserve des droits contre la caution, et non de la perte des actions, priviléges et hypothèques résultant d'une autre cause. D'ailleurs son observation ne pouvait avoir d'application au cas où la caution aurait renoncé au bénéfice de discussion.

Pothier, n° 557, enseigne que, lorsque le créancier se met par son fait hors d'état de pouvoir céder ses actions à la caution contre le débiteur ou les cofidéjusseurs (cession devenue superflue aujourd'hui), ce créancier peut être repoussé par elle, *per exceptionem cedendarum actionum,* dans la mesure du moins de ce qu'aurait pu procurer à cette caution la cession des actions qu'il s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder; et tel est le droit consacré par l'art. 2037.

Mais Pothier ajoute : « Lorsque le créancier » a laissé perdre quelque droit d'hypothèque » sur les biens de quelqu'un de ses débiteurs, » soit en manquant de s'opposer aux décrets » qui en ont été faits, soit en manquant d'in» terrupter les tiers acquéreurs qui, ayant ac» quis sans la charge de l'hypothèque, en ont » acquis la libération par la possession de dix » ou vingt ans, les fidéjusseurs ne sont pas fon» dés à s'en plaindre; et ils ne peuvent opposer » l'exception *cedendarum actionum* que lors» que c'est, ou par un fait positif de la part du » créancier qui s'est mis hors d'état de céder » ses actions en déchargeant le débiteur ou son » bien, ou lorsqu'en laissant donner congé de » la demande qu'il avait formée contre lui, il » s'est rendu suspect de collusion. » En un mot, Pothier rend le créancier responsable de la faute *in committendo, sed non in omittendo.*

Il fonde sa distinction à ce sujet sur ce que, « le créancier n'étant obligé à la cession de ses » actions que par une pure raison d'équité, » n'ayant contracté à cet égard envers les cofi» déjusseurs aucune obligation précise de les » leur conserver, il suffit qu'il apporte à cet » égard de la bonne foi, c'est-à-dire qu'il ne

(1) *Voyez* Pothier, *des Obligations,* nos 380, 446, et surtout 557.

(2) Qu'on nommait pour cela *mandator pecuniæ credendæ.*

» fasse rien contre cette obligation ; et il ne doit » pas être tenu à cet égard d'une pure négli- » gence. En second lieu, les débiteurs solidai- » res et les fidéjusseurs ont pu, aussi bien » que lui, veiller à la conservation du droit » d'hypothèque qui s'est perdu; ils pouvaient » le sommer d'interrupter à leurs risques les » tiers acquéreurs, ou de s'opposer aux décrets. » Ce n'est que dans ce cas où ils auraient mis » le créancier en demeure, qu'ils peuvent se » plaindre qu'il a laissé perdre ses hypothè- » ques; mais lorsqu'ils n'ont pas plus veillé que » lui, ils ne sont pas recevables à lui opposer » une négligence qui leur est commune avec » lui. »

Il y aurait beaucoup de choses à répondre à ce dernier raisonnement de Pothier, et quant au premier, il a perdu presque toute sa force sous le Code, qui, en établissant la subrogation de plein droit au profit des cautions, exige que le créancier conserve les sûretés sur lesquelles elles ont compté et dû compter. Le cautionnement, sans doute, n'a pas cessé d'être un contrat unilatéral, mais aujourd'hui il est censé donné sous cette condition. La cession des actions du créancier n'est plus une faveur de sa part, fondée uniquement sur l'équité; les cautions n'en ont même plus besoin : elles la tirent de la loi, et le créancier doit leur conserver ce que la loi leur accorde, parce que, encore une fois, elles se sont obligées envers lui sous cette condition ; d'où il suit que, lorsqu'il commet une négligence grave qui les prive de l'avantage des priviléges et hypothèques, en considération desquels elles se sont obligées, du moins on peut naturellement le supposer, elles sont bien fondées à s'en plaindre, et à repousser sa demande jusqu'à concurrence du préjudice que cette faute peut leur causer.

Il est vrai que l'article 2037 parle du *fait* du créancier ; mais ce mot, nous le croyons, n'est pas pris ici dans le sens restrictif d'un fait actif, positif ; il est pris dans le sens de l'art. 1383, qui veut que chacun soit responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ; et la manière la plus simple de régler cette responsabilité, c'est de déclarer le créancier non recevable en tout ou partie dans l'exercice de son action contre la caution. Et en effet, si, par exemple, le créancier qui a reçu une hypothèque du débiteur par l'acte même du cautionnement, ne prend point d'inscription, quand cependant la caution comptait évidemment sur l'hypothèque pour sûreté de son recours, dira-t-on qu'il n'est pas responsable de cette négligence, ou de cette faute, comme on voudra l'appeler? Car, qu'importe pour la caution que le créancier renonce au bénéfice d'une inscription prise, ou qu'il s'abstienne de prendre celle qu'il aurait dû prendre? Le résultat est le même pour elle. D'ailleurs l'omission du créancier peut provenir de sa mauvaise volonté, comme d'un oubli de sa part ou d'une simple négligence.

Tout ce qu'on peut dire, selon nous, de plus juste sur ce point, et en même temps de plus conforme aux principes du Code sur la responsabilité des fautes en général, et en particulier sur celles du créancier à l'égard de la caution, c'est que le créancier doit répondre, sinon de la faute très-légère qu'un père de famille très-diligent aurait même pu commettre, du moins de la faute dont on répond dans le contrat où l'obligation de l'un peut être considérée comme étant contractée sous la condition que l'autre fera telle ou telle chose ; ce qui ne veut pas dire, au surplus, que nous regardions le cautionnement comme un contrat intéressé de part et d'autre, un véritable contrat synallagmatique, mais nous le regardons, dans les principes du Code, comme étant formé sous la condition que le créancier conservera et fera ce qu'il faut faire pour conserver les sûretés sur lesquelles la caution a dû compter en s'obligeant. Les circonstances du fait peuvent sans doute restreindre ou étendre les obligations du créancier à cet égard ; mais, en principe, la base que nous leur assignons nous paraît être celle que les rédacteurs du Code ont eue en vue en établissant la subrogation de plein droit, et par là le moyen le plus avantageux pour la caution d'exercer son recours efficacement.

D'après cela, si nous ne regardions pas comme tout à fait mal fondée la caution à se plaindre de la perte, par la faute du créancier, d'une hypothèque qu'il aurait stipulée seulement depuis le cautionnement, parce que le

bénéfice de cette hypothèque devait profiter aussi à la caution, du moins il nous semble que, pour qu'elle dût être écoutée, il faudrait que la faute reprochée au créancier fût plus grave qu'il ne serait nécessaire qu'elle le fût, si l'hypothèque avait été consentie antérieurement au cautionnement ou en même temps; car la caution n'avait pas compté sur cette sûreté.

A plus forte raison ne serait-elle point écoutée, quelle que fût d'ailleurs l'époque où l'hypothèque aurait été constituée, si le créancier ne devait point venir en ordre utile; et s'il ne devait y venir que pour une partie de la créance seulement, ce ne serait, dans le cas même où il serait responsable, que pour cette partie que son action contre la caution devrait être repoussée, et non pour le surplus.

172. 4° Les endosseurs de lettres de change et de billets à ordre, et les donneurs d'aval, qui ont payé l'effet, sont subrogés de plein droit à l'action du porteur contre tous ceux qui leur devaient la garantie (1), pourvu qu'ils aient rempli les formalités prescrites par le Code de commerce.

173. 5° La subrogation aux droits du porteur a même lieu au profit de celui qui paye l'effet par pure intervention, à la charge toutefois de remplir les formalités prescrites au porteur lui-même (art. 159, Cod. de comm.); et il faut que l'intervention et le payement soient constatés dans l'acte de protêt ou à la suite de l'acte. (Article 158, *ibid.*)

174. 6° On a vu précédemment que les acquéreurs, légataires ou donataires à titre particulier, d'immeubles hypothéqués, qui ont payé des dettes hypothécaires dont ces immeubles étaient grevés, sont légalement subrogés aux droits du créancier, comme pouvant être considérés comme tenus pour d'autres et avec d'autres au payement de la dette, par cela même qu'ils avaient intérêt à ce qu'elle fût acquittée. Il faut donc se reporter à ce que nous avons dit à cet égard.

175. 7° Celui des héritiers ou autres successeurs universels qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part dans la dette commune, est bien subrogé aux droits du créancier contre ses cohéritiers ou autres successeurs; mais il ne l'est toutefois, ainsi que nous l'avons dit plus haut, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement supporter dans la dette, même dans le cas où il se serait fait subroger aux droits du créancier; sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le payement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier (2) (Article 875.).

Mais comme les héritiers ne sont tenus personnellement des dettes du défunt qu'en proportion de leurs parts héréditaires, lorsque ces dettes sont divisibles (art. 1220) (3), il s'ensuit qu'on ne peut pas dire de l'héritier qui a payé l'une de ces dettes, qu'il était tenu pour d'autres ou avec d'autres, qu'il avait d'après cela intérêt à ce qu'elle fût acquittée en son entier, et qu'à ce titre il a la subrogation. Cependant, indépendamment du cas où la dette était hypothécaire (ce qui ne lui ôtait pas son caractère de dette divisible, si, par sa nature elle était telle (art. 1221), la décision ci-dessus souffre quelque restriction.

En effet, les créanciers du défunt et les légataires ont, au moyen de la demande en séparation des patrimoines, un privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions prises par eux sur ces immeubles dans les six mois de l'ouverture de l'hérédité. (Art. 2111.) Pendant ce délai aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentants du défunt, au préjudice de ces créanciers ou légataires.

Et suivant l'art. 2113, toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions pres-

(1) *Voyez* ce qui a été dit à cet égard au tome précédent, nº 242.

(2) Nous avons développé les effets de ces dispositions au tome IV, nºs 444 et suivants.

(3) *Voyez* ibid., nº 444, et tome VI, nºs 268 à 275.

rites pour conserver le privilége n'ont pas été ccomplies, ne cessent pas néanmoins d'être ypothécaires; mais l'hypothèque ne date, à égard des tiers, que de l'époque des inscripions.

Enfin, d'après l'art. 1017, les héritiers du estateur ou autres débiteurs d'un legs sont ersonnellement tenus de l'acquitter, chacun u prorata de la part et portion dont ils profitent dans la succession, et ils en sont tenus ypothécairement pour le tout, jusqu'à concurence de la valeur des immeubles de la succesion dont ils sont détenteurs. C'est là une vériable hypothèque légale, puisqu'elle est établie ar la loi; et elle se confond avec le privilége e l'art. 2111 (1).

D'après cela, l'on voit que lorsqu'il y a des mmeubles dans l'hérédité, chaque héritier a ntérêt à l'acquittement en entier des dettes du éfunt, même purement chirographaires, et es legs de sommes ou autres choses mobiières, afin que les immeubles qui viendraient échoir à son lot, ou qui lui sont échus, si le artage a déjà eu lieu, soient affranchis du priilége ou de l'hypothèque attribués aux créaniers et aux légataires. En conséquence, s'il aye une dette ou un legs, il est légalement ubrogé aux droits du créancier ou du légataire ayé, mais dans les limites de l'art. 875. Il est rai de dire, en effet, qu'il était tenu avec l'autres ou pour d'autres, dans le sens de l'aricle 1251-3°, en ce qui concernait les parts de es cohéritiers dans la dette ou le legs, puisqu'il vait intérêt à ce qu'elles fussent acquittées.

Mais il n'y aurait pas de subrogation légale à son profit s'il n'y avait pas d'immeubles dans la succession, ou si le partage étant fait, il ne lui en était point échu; et c'est à ces cas qu'il faut restreindre ce que nous avons dite au tome IV, n° 444, savoir : que celui des héritiers qui a payé une dette divisible et chirographaire, n'a de recours contre chacun de ses cohéritiers que pour leur part héréditaire, sans pouvoir faire répartir entre ceux qui sont solvables et lui la portion des insolvables, lors même qu'il se serait fait subroger par le créancier, attendu qu'il n'aurait que les droits de celui-ci, et que ce dernier n'eût pu demander à chacun d'eux que sa part dans la dette, conformément aux art. 873 et 1220.

176. 8° Il n'y a pas non plus de subrogation légale dans le cas d'une dette non divisible contractée par plusieurs sans solidarité, et qui a été payée par l'un d'eux en totalité ou au delà de sa part, à moins toutefois qu'il n'eût fourni une hypothèque sur ses propres biens ou sur des biens communs entre eux, pour sûreté de toute la dette; car, hors ce cas, il n'avait aucun intérêt à payer leurs parts, et on ne pouvait rien lui demander au delà de la sienne, d'après le principe que les débiteurs d'une même dette, qui se sont obligés sans se soumettre à la solidarité, n'en doivent chacun que leur portion virile, quoiqu'ils se soient obligés conjointement et par un même acte.

Mais dans le cas de l'hypothèque, il est clair qu'il avait intérêt à payer toute la dette, pour affranchir ses biens personnels ou les biens communs; au lieu que si c'était un autre que celui qui a payé la dette qui eût fourni l'hypothèque sur ses biens personnels, il n'y aurait pas subrogation légale. Elle n'existerait même pas non plus, quoique ce fût celui qui a payé la dette qui eût fourni l'hypothèque, s'il ne l'avait consentie que pour sa part dans cette dette.

Et dans le cas de deux débiteurs non solidaires, cautionnés, l'un par une personne, l'autre par une autre caution, qui ont aussi hypothéqué chacune leurs biens personnels, si la dette est payée en totalité par l'une des cautions, cette caution sera bien subrogée envers le débiteur qu'elle a libéré, mais, à moins qu'elle n'eût stipulé la subrogation, elle ne le serait ni à l'égard de l'autre débiteur, ni à l'égard de l'autre caution, lors même que les deux cautionnements auraient été donnés par le même acte : car, comme il y avait en réalité deux dettes, chaque caution n'était intéressée qu'à l'acquittement de celle qu'elle avait cautionnée. Autre chose serait si l'hypothèque consentie par elle s'étendait à toute la somme due : alors l'indivisibilité de l'hypothèque obligeant à payer toute la dette, ou à délaisser l'immeuble après avoir payé la part qu'elle avait garantie, elle aurait réellement

(1) *Voyez* ce qui a été dit sur cette hypothèque, au tome V, nos 379 et suivants.

intérêt à ce que celle de l'autre débiteur fût aussi payée, et par conséquent elle serait subrogée aussi contre ce dernier et contre sa caution.

On peut résoudre de la même manière les cas analogues; et, pour cela, il ne faut pas perdre de vue que lorsque celui qui a payé la dette ne pouvait faire son affaire, en payant, qu'en faisant aussi celle du débiteur, il a la subrogation légale, du moins généralement; parce qu'il est vrai de dire qu'il avait intérêt à ce que la dette fût acquittée, et qu'on peut, par cela même, dire aussi qu'il était tenu pour d'autres ou avec d'autres au payement de cette dette.

177. Enfin, le quatrième cas de subrogation légale est celui de l'héritier bénéficiaire qui paye de ses deniers les dettes de la succession.

Le mot *dettes* est pris ici *lato sensu;* il comprend aussi les *charges* de l'hérédité, comme les legs; il est pris dans le même sens que dans l'art. 801-1°, qui explique les effets du bénéfice d'inventaire.

Ainsi, l'héritier paye-t-il de ses deniers un créancier privilégié ou hypothécaire, il est subrogé au privilége ou à l'hypothèque de ce créancier, et il l'exercera vis-à-vis des autres créanciers de la succession, comme l'aurait fait celui qu'il a payé. Mais s'il paye de ses deniers un créancier non privilégié ni hypothécaire, pour son remboursement, il faut distinguer: S'il y a des créanciers opposants, comme l'héritier bénéficiaire, d'après l'art. 808, ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge (ce qui veut dire qu'il se fait une distribution des deniers et du produit des biens, au marc le franc, entre tous les créanciers opposants, s'il n'y a pas de quoi payer toutes les dettes, et sauf encore les causes de légitime préférence) (1), alors l'héritier vient à la distribution de la même manière qu'y serait venu le créancier par lui payé. Mais s'il n'y a pas de créanciers opposants, il peut, selon le même article, payer les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent, et par cela même, il peut se rembourser de ses avances sur les deniers de la succession, à mesure qu'il en touchera; car il eût pu payer avec ces deniers le créancier qu'il a payé avec les siens.

178. Que s'il a payé un légataire avec ses deniers, comme les légataires ne sont admis à faire valoir leurs droits qu'après les créanciers, suivant l'adage, *nemo liberalis, nisi liberatus*, l'héritier prend simplement la place de ce légataire: en conséquence, il n'en est pas moins obligé de payer les créanciers opposants, sur le produit des biens de la succession, et jusqu'à due concurrence, sans pouvoir en défalquer quelque chose à raison du legs par lui payé, sauf à lui son recours contre le légataire, et pendant le temps seulement durant lequel ce légataire eût pu être poursuivi par les créanciers non payés. C'est sa faute d'avoir payé ce legs. Mais si, à défaut de créanciers opposants, il s'était remboursé avec les deniers de la succession, les créanciers qui se présenteraient ensuite n'auraient contre lui action pour le faire restituer, que pendant le temps durant lequel ils l'auraient contre le légataire lui-même, en vertu de l'article 809.

179. Remarquez que s'il y a plusieurs héritiers, comme le bénéfice d'inventaire ne fait point obstacle à la division de plein droit des dettes du défunt entre eux conformément à l'art. 1220 (2), l'héritier bénéficiaire qui a payé au delà de sa part dans la dette commune n'est légalement subrogé pour l'excédant, qu'autant qu'à raison de la nature de la dette il se trouvait obligé de payer aussi la part de ses cohéritiers pour pouvoir se libérer; ce qui lui donnait par conséquent intérêt à acquitter la dette: comme lorsqu'il a payé une dette privilégiée ou hypothécaire, pour affranchir des objets de la succession, meubles ou immeubles, ou bien une dette indivisible, ou même des créanciers chirographaires ou des légataires, lorsque, dans ce cas, il y avait des immeubles dans l'hérédité, immeubles sur lesquels s'étendait le privilége ou l'hypothèque accordée à ces

(1) *Voyez* les articles 990 et 991, Code de procédure, et ce que nous avons dit au tome IV, nos 31 et suivants.

(2) Ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, au tome IV, no 51, et au tome VI, no 272, où nous citons un arrêt de cassation du 22 juillet 1811 (Sirey, 12, 1, 305), qui a jugé en ce sens.

créanciers et légataires, par les art. 1017, 2111 et 2113, suivant ce qui a été expliqué plus haut.

180. Tels sont les cas dans lesquels le Code civil, par l'art. 1251, a établi la subrogation de plein droit au profit de celui qui a libéré une autre personne; et s'il est permis d'appliquer ses dispositions aux diverses espèces qui rentrent clairement et évidemment dans ces mêmes cas, du moins il n'est pas permis de les étendre à d'autres espèces. Les anologies, quoique fortement marquées, ne sont point admises en cette matière, parce que la subrogation est de droit étroit; elle n'a pas lieu sans convention, *nisi in casibus jure expressis,* disent les docteurs.

181. De là, nous ne regarderions pas une compagnie d'assurance pour les incendies comme fondée à prétendre exercer, par voie de subrogation de droit, l'action du propriétaire assuré contre le locataire ou les locataires, à raison de l'incendie de la maison louée, en invoquant seulement les dispositions des articles 1733 et 1734. Vainement dirait-elle qu'entre le propriétaire, du moins, et le locataire, il y a présomption que l'incendie est arrivé par la faute de celui-ci, ou des personnes qui habitaient avec lui, et que garantissant le propriétaire de la perte de la chose, elle doit avoir ses droits relativement à cette chose; on lui répondrait, 1° que cette présomption n'a point effet à l'égard des tiers (1), et qu'elle est un tiers; 2° que, lors même qu'elle serait ayant cause du propriétaire à cet égard, elle ne serait pas pour cela subrogée à ses droits, puisqu'il ne lui a pas cédé son action contre le locataire, et qu'aucune loi n'a établi en sa faveur la subrogation; sauf à la compagnie à exercer son action en indemnité contre le locataire en vertu du principe que tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (art. 1382); mais à la charge alors pour elle de prouver que cet incendie a réellement eu lieu par la faute du locataire (2).

182. Les créanciers ayant hypothèque ou privilége sur une maison assurée contre l'incendie ne sont pas non plus, selon nous, subrogés à l'action du propriétaire contre la compagnie d'assurance, aux fins de pouvoir l'exercer à l'exclusion des créanciers chirographaires de ce dernier.

Ils ont bien exclusivement droit au prix en cas de vente de l'immeuble, ou à la valeur déclarée par un donataire ou légataire qui veut purger; mais c'est là le but de l'hypothèque ou du privilége; tandis qu'on ne peut pas dire que la somme payée par la compagnie d'assurance est le prix, ou tient lieu du prix de l'immeuble, puisque la propriété de cet immeuble n'est point transférée. Cette somme ne provient point de la chose, ni ne la représente réellement; elle ne peut donner lieu à aucune surenchère, comme celle qu'offrirait, pour la valeur de l'immeuble, un détenteur qui voudrait purger; elle est seulement l'objet d'une convention pour un cas prévu, celui de la perte de la chose; et cette convention, le propriétaire l'a faite pour lui, par conséquent dans l'intérêt de tous ses créanciers. Nous ne contestons pas, du reste, qu'il ne fût raisonnable d'étendre la subrogation de droit, dans ce cas, aux créanciers hypothécaires; mais dans l'état de la législation, nous ne voyons pas comment ils pourraient y prétendre, puisque aucune disposition de la loi ne la consacre en leur faveur, et que la subrogation, comme étant de droit étroit, n'est pas susceptible d'extension par analogie.

(1) Elle n'a pas lieu notamment, selon nous, lorsque c'est un voisin dont la maison a été aussi incendiée, qui réclame des dommages-intérêts; alors il est obligé de prouver le fait, la faute ou la négligence du propriétaire dans la maison duquel le feu a commencé *Voyez* à ce sujet ce que nous avons dit au tome IV, n° 393, et les arrêts cités à l'appui. On en trouve un grand nombre sur cette question controversée, dans le Recueil de Sirey : ils sont indiqués au tome 28, part. 1, pag. 41.

(2) * Cass., 2 mars 1829. (Sirey, 29, 1, 95.)

Lorsque l'assurance d'un immeuble a été faite par un créancier hypothécaire, l'assureur qui l'a désintéressé ne peut, à la faveur de la subrogation conventionnelle stipulée par lui, exercer son recours contre le débiteur propriétaire de l'immeuble brûlé. (Gand, 30 mai 1838; J. de B., 1838, 499.)

Art. IV.

Des effets de la subrogation en général.

183. Il nous reste à expliquer les effets de la subrogation, soit conventionnelle, soit légale.

La subrogation établie par les art. 1250 et 1251 a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs principaux. (Art. 1252.)

Elle emporte aussi, comme nous l'avons dit souvent, au profit du subrogé, les priviléges et hypothèques qui sont attachés à la créance (article 1250-1°), sauf les légères limitations résultant des circonstances de la cause, dans certains cas, et dont nous avons donné plus haut quelques exemples.

L'avantage du titre exécutoire, si le titre est effectivement tel, de la contrainte par corps contre le débiteur, s'il y a lieu à contrainte, de l'élection de domicile, en un mot tous les droits qu'avait le créancier, passent de même au subrogé.

184. Toutefois, la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel. (Art. 1252.)

Il est censé n'avoir pas voulu que la subrogation tournât contre lui-même : *Nemo contrà seipsum subrogasse videtur,* disait Dumoulin.

A plus forte raison en est-il ainsi lorsque la subrogation n'est que le résultat de la volonté du débiteur, ou même d'une disposition de la loi.

La préférence dont il s'agit n'est au surplus relative qu'à la dette, dont une partie seulement a été payée. Quant aux autres créances que le même créancier viendrait à acquérir sur le même débiteur, ou qu'il avait même déjà lors du payement, il serait considéré comme tout autre créancier; et en conséquence il primerait le subrogé ou serait primé par lui, ou viendrait en concours avec lui, selon la qualité de ces mêmes créanciers, la nature de leurs priviléges et la date de leurs hypothèques, comparés à celle de la créance dont il a reçu le payement en partie.

Ainsi, par exemple, s'il avait reçu du subrogé 5,000 fr., sur une créance de 10,000 fr., avec hypothèque sur tel immeuble, à la date de 1825, il ne pourrait pas prétendre, s'il était devenu créancier en 1830 *puta* d'une somme de 6,000 fr., avec hypothèque sur le même immeuble, être payé aussi de cette créance sur le produit de cet immeuble, par préférence au subrogé ; car celui-ci, s'il y avait des créanciers intermédiaires ayant aussi hypothèque sur le même immeuble, bien certainement les primerait; par cela même, il doit primer le créancier pour sa créance de 6,000 fr. La créance ne doit pas moins être colloquée suivant son rang; seulement le créancier payé en partie prélève, jusqu'à parfait payement, ce qui lui reste dû, sur le montant de la collocation, et le subrogé prend le reste, s'il y en a.

185. Il s'élève plusieurs questions sur l'application de cette disposition de l'art. 1252, que le créancier payé seulement en partie peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel.

Ainsi l'on peut demander si, dans une simple distribution de deniers où il n'aurait à faire valoir ni privilége, ni hypothèque, ni cautionnement, il peut prétendre à être payé par préférence au subrogé?

2° Si, lors même qu'il aurait à faire valoir un privilége ou une hypothèque, il doit être préféré au subrogé, dans l'hypothèse où la subrogation est le résultat d'une cession ou transport d'une partie de la créance, et non d'un simple payement avec subrogation?

Et 3° si, dans le cas d'un simple payement avec subrogation, la préférence pour le surplus de la créance est un privilége personnel au créancier et à ses héritiers, ou bien, au contraire, si elle appartiendrait également à un autre qui aurait depuis payé le surplus de la dette.

186. Sur la première question, nous ne balançons pas à dire que la prétention du créancier serait mal fondée; car l'on ne peut contester au subrogé d'avoir fait l'affaire du débiteur en le libérant en partie. Il a donc, à ce titre,

'action *negotiorum gestorum* contre lui, action que ne saurait lui ôter la subrogation à celle du créancier, puisqu'il peut d'ailleurs y renoncer, chacun pouvant renoncer à ce qui a été établi en sa faveur : il est comme tout autre créancier du même débiteur; or, tout autre créancier pourrait venir en concours avec le créancier payé en partie dans une distribution de deniers, où ce dernier ne pourrait invoquer ni privilége, ni hypothèque.

Supposez, en effet, que le payement partiel ait eu lieu avec le concours du débiteur qui a lui-même subrogé le tiers, conformément au n° 2 de l'article 1250, parce que ce tiers lui a prêté une somme pour faire le payement; en quoi, on le demande, le concours blesserait-il les droits du créancier, puisque s'il n'y avait pas de subrogation on ne pourrait le contester? Disons donc que la préférence n'a lieu en faveur du créancier, pour être payé du surplus de sa créance, que dans l'exercice des priviléges et hypothèques qu'il se trouverait avoir et contre la caution, s'il y en a une.

Et sans la disposition générale et absolue de l'art. 1252, ce ne serait pas sans quelque raison que l'on soutiendrait que cette préférence, même pour l'exercice des priviléges et hypothèques, ne doit point avoir lieu contre un subrogé qui ne l'a été que par la volonté du débiteur, comme lorsque la dette était payable en plusieurs termes, et que celui-ci a emprunté une somme pour faire l'un des payements, et a subrogé le prêteur, car l'on ne peut dire, dans ce cas, que le créancier n'est pas censé avoir consenti une subrogation qui pût lui nuire dans l'exercice de ses priviléges et hypothèques pour le surplus de sa créance, puisque cette subrogation a eu lieu ou a pu avoir lieu malgré lui. D'ailleurs, le créancier déjà payé en partie ne peut éprouver qu'un avantage du prêt, même lorsque le subrogé concourrait avec lui. Cela est facile à démontrer. Supposons une créance de 12,000 francs avec hypothèque sur un immeuble valant seulement 10,000 francs; le tiers a prêté 8,000 francs au débiteur, que celui-ci a payés au créancier, et en conférant la subrogation au prêteur par l'emploi des formes prescrites : au moyen du prêt et du payement qui en a été la suite, et en supposant le concours du prêteur avec le créancier dans l'exercice de l'hypothèque, ce dernier touche sur le prix de l'immeuble le tiers ou 3,333 francs 33 cent., et il ne reste à découvert en définitive que pour 666 fr. 66 cent.; au contraire, sans le prêt, il restait à découvert pour 2,000 francs. Mais la disposition générale, et peut-être irréfléchie, de l'article 1252, prive évidemment un simple subrogé, quelle que soit la cause de la subrogation, du droit de concourir avec le créancier payé en partie, dans l'exercice des priviléges, hypothèques et cautionnements attachés à la créance; sauf, bien entendu, le cas où, en stipulant la subrogation avec le créancier lui-même, il se serait réservé ce droit.

187. Quant à la seconde question, il ne nous paraît pas douteux non plus qu'elle ne doive aussi être décidée contre le créancier, à moins de convention contraire dans l'acte intervenu entre lui et le tiers, et qu'ainsi un cessionnaire proprement dit de partie des droits ou de la créance ne soit absolument mis par la cession ou transport sur la même ligne que le cédant. Celui qui cède la totalité de sa créance, se dépouille de tous les droits qu'il avait : il en investit le cessionnaire; par la même raison, celui qui vend, cède ou transporte la moitié de cette même créance, la vend, cède ou transporte avec tous les droits qui y étaient attachés; il fait *negotium*, et le cessionnaire aussi entend faire une affaire dans laquelle il puisse faire un bénéfice : au lieu que celui qui paye simplement la dette d'autrui, même avec subrogation, est censé vouloir uniquement faire l'affaire du débiteur, quand il n'est point d'ailleurs intéressé à l'acquittement de la dette; et, dans ce cas-là même, il entend encore principalement faire un payement de cette dette, plutôt qu'un achat des droits du créancier. Celui-ci surtout entend plutôt recevoir son payement, en partie du moins, qu'il n'entend faire un transport-cession de partie de sa créance : la loi a donc bien pu vouloir, quant à l'exercice de ses priviléges, hypothèques et cautionnements, lui conserver la préférence sur le tiers dont il n'a reçu qu'un payement partiel, sans avoir voulu pour cela conserver cette préférence à celui qui vend, cède ou transporte une partie de ses

droits. Il ne tenait qu'à lui de se la réserver; il ne l'a pas fait, et le doute, s'il y en avait, devrait s'interpréter contre lui. (Art. 1602.)

Bien mieux, on devrait même le décider ainsi, encore que la cession fût faite à titre purement gratuit; autrement il arriverait que, contre la maxime *donner et retenir ne vaut,* le cédant aurait en réalité retenu la valeur de la chose donnée, dans le cas où les biens du débiteur ne pourraient suffire qu'à payer seulement la partie de la créance qu'il n'a pas donnée, quand cependant il avait donné une partie de ses droits. La chose devrait surtout paraître peu douteuse dans le cas où un père donnerait en dot à sa fille la moitié, le tiers, etc., de la créance qu'il a sur un tiers, ou une somme fixe de cette même créance : le père ne serait pas reçu à vouloir être payé du surplus par préférence à la fille; et dans l'hypothèse où ce serait une somme *à prendre sur cette créance*, ce serait même généralement la fille qui devrait au contraire avoir la préférence : mais cela dépendrait des termes du contrat dotal et de l'intention vraisemblable des parties.

188. Enfin, sur le point de savoir si la préférence est un privilége personnel au créancier, à ses héritiers et au cessionnaire par transport du surplus de la créance, on tient généralement, en effet, que c'en est un (1). Ainsi l'on dit que si le créancier de 10,000 francs, par exemple, avec hypothèque sur tel immeuble, reçoit d'abord de Paul, en le subrogeant, un payement de 6,000 francs, et ensuite de Philippe, et en le subrogeant pareillement, le surplus de la créance, Paul et Philippe concourront, dans l'exercice de l'hypothèque, selon la proportion des sommes pour lesquelles ils sont respectivement créanciers.

On ne fait à cet égard aucune distinction à raison de l'origine des subrogations : qu'elles viennent toutes deux de la loi, ou du créancier, ou du débiteur, ou que l'une vienne de la loi et l'autre du débiteur ou du créancier, n'importe.

Dans le cas où la seconde subrogation vient du créancier, il paraîtrait cependant que c'est comme s'il avait fait le transport du surplus de sa créance à celui qui lui en a fait le payement, car il n'avait aucun motif de se réserver des droits quelconques relativement à cette créance; or, s'il eût effectivement fait un transport proprement dit, n'eût-il pas transporté par cela même la préférence qu'il avait à exercer sur le premier subrogé? Sans contredit, puisqu'il lui aurait par là transporté tous ses droits; autrement il faudrait dire qu'il ne pouvait plus faire qu'une cession imparfaite de ces mêmes droits, ce qui serait absurde. Mais le cas d'un simple payement fait par le second subrogé, du surplus de la créance, est bien différent d'un transport-cession proprement dit, quoique la subrogation opérée par la volonté du créancier soit elle-même une cession, et n'en diffère, en général, que comme l'effet diffère de la cause; car, dans le cas du payement, le créancier a plutôt encore voulu recevoir ce qui lui restait dû, qu'il n'a entendu transporter cette partie de sa créance. Il semblerait d'ailleurs répugner à la raison que le second subrogé, qui n'a fait aussi qu'un acte de payement, un acte de même nature, et postérieur, eût cependant des droits plus étendus que le premier subrogé (2).

189. Il faut donc tenir, au contraire, sauf le cas de transport-cession du surplus de la créance au profit d'un subrogé postérieur, que tous les subrogés dans les portions de la même créance privilégiée ou hypothécaire, viennent par concurrence, en quelque temps que les divers payements partiels aient été faits, soit qu'ils l'aient été au créancier lui-même, ou à ses propres créanciers, antérieurs ou postérieurs.

Ainsi, supposons qu'un immeuble, grevé de diverses hypothèques soit vendu conventionnellement ou en justice, avec ou sans délégation du prix aux créanciers, que l'acquéreur ait emprunté de diverses personnes pour payer son prix, et qu'il les ait toutes subrogées par

(1) *Voyez* Renusson, *Traité de la Subrogation*, chap. XV, XVI, et l'addition à ce dernier chapitre ; le *Répertoire* de M. Merlin, vo *Subrogation de personnes*, sect. 2, § 8, no 8 ; et M. Toullier, tome IV, no 170.

(2)* Troplong, *des Hyp.*, no 579. (Paris, 18 mars 1837 : Sirey, 37, 243.)

l'accomplissement des formalités prescrites à cet effet; que les prêteurs aient fait des payements en différents temps, les uns au vendeur lui-même, d'autres à des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble; enfin que l'acquéreur n'ayant pas payé le prix en totalité, le vendeur ait fait vendre l'immeuble.

Il est clair, dans cette espèce, que le vendeur doit être payé de ce qui lui reste dû sur son prix, par préférence aux prêteurs subrogés dont il a reçu des payements partiels, conformément à l'art. 1252; il doit être préféré à ceux qui ont payé à ses propres créanciers comme à ceux qui ont payé à lui-même. Il ne saurait, en effet y avoir de différence, puisque dans l'un comme dans l'autre cas, c'est toujours lui qui a profité des payements; et plus il en a été fait par les prêteurs, moins il lui est resté dû sur le prix de la vente. Ces prêteurs, non-seulement ne peuvent donc pas prétendre le primer pour les sommes qu'ils ont payées à lui ou à ses propres créanciers, avec ou sans délégation, mais ils ne peuvent même prétendre venir avec lui par concurrence.

Ils ne peuvent pas non plus prétendre établir un ordre entre eux, pour accorder la préférence à ceux qui ont payé les plus anciens créanciers hypothécaires, ou à ceux qui ont compté les premiers leurs deniers, soit à ces créanciers, soit au vendeur lui-même; il y a concours entre eux : car, en prêtant à l'acquéreur, ils ne l'ont fait que pour payer sa dette envers le vendeur, soit en payant aux créanciers de celui-ci, soit à lui-même; et ce qu'ils ont voulu et obtenu, c'est la subrogation aux droits de ce même vendeur, et non aux droits de ses créanciers. L'ancienneté des hypothèques de tel ou tel de ceux-ci est donc indifférente, en ce qui concerne ces prêteurs subrogés, puisque ce n'est point pour les mêmes hypothèques qu'ils ont stipulé la subrogation; et l'ancienneté des payements est pareillement indifférente, puisqu'en principe les simples subrogés à la même créance n'ont aucune préférence les uns sur les autres; en un mot, ils ont un titre absolument égal quant à la subrogation, dont la cause sont les payements qu'ils ont faits, soit au vendeur, soit à ses créanciers, d'où il résulte qu'il n'y a entre eux aucune préférence dans l'exercice du privilége de ce vendeur, auquel ils sont subrogés, parce que ce n'est que la subrogation à sa créance sur l'acheteur qu'ils ont recherchée.

Mais ils auraient pu aussi stipuler la subrogation aux droits de ses créanciers qui ont été payés avec leurs deniers, la loi ne s'y opposait pas. Dans ce cas il y aurait eu lieu à établir un ordre entre eux suivant l'antériorité des hypothèques de ces mêmes créanciers, mais toujours après le payement du vendeur auquel il restait dû quelque chose sur le prix, puisque les payements faits à ses créanciers sont considérés comme s'ils lui avaient été faits à lui-même, et que le créancier qui n'a reçu qu'un payement partiel est préféré au subrogé dans l'exercice de ses priviléges et hypothèques, or, le vendeur exerce un privilége sur la chose revendue faute de payement du prix.

§ III.

De l'imputation des payements.

SOMMAIRE.

190. *Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle est la dette qu'il entend acquitter.*

191. *Il peut, même malgré le créancier, si le terme n'est pas en faveur de celui-ci, diriger l'imputation sur une dette non échue.*

192. *L'imputation se fait d'abord sur les intérêts, si la dette en produit: diverses observations.*

193. *Lorsque le débiteur ne dicte pas l'imputation, le créancier peut la faire, et le débiteur ne peut plus la critiquer lorsqu'il a accepté la quittance, à moins qu'il n'y ait eu surprise de la part du créancier.*

194. *Quand la quittance ne porte aucune imputation, elle se fait sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont échues : diverses observations.*

195. *Comment se fait l'imputation lorsqu'aucune des dettes n'était échue.*

196. Quid *lorsqu'aucune quittance n'a été don-*

née au débiteur de plusieurs dettes envers la même personne à laquelle il a fait différents payements sans déterminer l'imputation.

197. *L'imputation faite par les parties, ou, à leur défaut, par la loi, ne peut plus être changée au préjudice des tiers.*

198. *Quand l'imputation se fait sur toutes les dettes, il en résulte des payements partiels.*

199. *Quelles sont, entre les diverses dettes, les plus onéreuses et celles en conséquence sur lesquelles la loi a dirigé l'imputation, faute d'une imputation spéciale par les parties.*

190. Lorsque l'objet de la dette n'est pas un corps certain et déterminé, la propriété de la chose due n'est point transférée par le seul consentement (1) : l'art. 1138 n'est point applicable; le débiteur, au moment du payement, est encore propriétaire de la chose qu'il donne au créancier pour sa libération, et il peut par conséquent, s'il est débiteur de plusieurs dettes envers la même personne, faire servir cette chose à l'acquittement de celle qu'il veut éteindre; c'est la condition qu'il met à l'aliénation de sa chose. *Possumus certam legem dicere ei quod solvimus, utpotè debitor, dùm solvit, dominus est rei solvendæ.* (L. 1, ff. *de solut.*)

De là cette première règle du Code sur l'imputation des payements : « Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il » paye, quelle est la dette qu'il entend acquitter. » (Art. 1253.)

191. Il peut même, malgré le créancier, diriger l'imputation sur une dette dont le terme ne serait pas échu, de préférence à une dette échue, parce qu'il peut renoncer au bénéfice du terme; mais il faudrait toutefois pour cela que le terme ne fût pas aussi en faveur du créancier qui ne voudrait point consentir à cette imputation (art. 1258-4°), que la chose donnée en payement s'appliquât à cette dette, et que le payement en fût intégral; car le créancier n'est point forcé de recevoir en payement autre chose que ce qui lui est dû, ni un payement partiel. Et comme il ne peut non plus être forcé de recevoir le payement d'une dette suspendue par une condition (article 1258-5°), il est clair que le débiteur ne pourrait, malgré lui, diriger l'imputation sur une dette de cette nature.

192. Le débiteur d'une dette qui produit des intérêts ou des arrérages ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le payement qu'il fait sur le capital, par préférence aux arrérages ou intérêts; et le payement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts(2). (Art. 1254.)

Peu importe que dans cette phrase *sur le capital et intérêts,* le capital soit nommé avant les intérêts; ce n'est pas à l'ordre des mots, mais aux dispositions du droit commun, que l'on doit s'attacher pour connaître ce qu'ont voulu faire les parties : *Nec enim ordo scripturæ spectatur, sed potius ex jure sumitur id quo agi videtur* (L. 6, ff. *de solut.*); or, il est vraisemblable que le créancier n'a pas entendu diriger l'imputation sur le capital, ce qui diminuerait son revenu, tant que les intérêts échus ne lui sont pas payés.

Ici l'imputation ne se fait pas, comme dans le cas de plusieurs dettes, suivant le plus grand avantage du débiteur, puisqu'il vaudrait mieux pour lui que le capital fût diminué; car ce serait par cela même une diminution des intérêts pour l'avenir : au contraire, elle se fait selon l'avantage du créancier, mais cela est juste : les intérêts ne sont que des accessoires d'une même dette; et si dans le cas d'un prêt, le créancier donnait quittance du capital, sans faire de réserve des intérêts dans la quittance, il s'élèverait contre lui une présomption de droit qu'ils ont été payés (art. 1908); et dans le cas où ils seraient dus seulement à raison du retard du débiteur, le payement du capital faisant évanouir l'action, il n'y aurait plus par conséquent d'objet sur lequel le juge eût à prononcer pour

(1) *Voyez* tome V, no 432.

(2) *Primo in usuras, id quod solvitur, deindè in sortem, accepto feretur.* (L. 1, Cod. *de solut.*)

y rattacher accessoirement les intérêts; de sorte que le débiteur se trouverait totalement libéré, tandis qu'il ne l'est réellement pas entièrement.

Le créancier ne peut donc être forcé d'imputer d'abord sur le capital; et si la quittance ne porte aucune imputation, ou s'il n'a pas été donné de quittance, la loi fait elle-même l'imputation comme elle commandait au débiteur de la souffrir, c'est-à-dire d'abord sur les intérêts, et pour le surplus sur le capital (1).

Et il faut observer que si la somme payée excédait ce qui était dû pour les intérêts, le surplus s'imputerait aussi sur le principal, quand même l'imputation aurait été faite expressément sur les intérêts sans parler du capital. (L. 102, § *fin.*, ff. *de solut.*)

Cela doit toutefois s'entendre d'un capital exigible, à telle ou telle époque; car si le débiteur d'une rente avait, par erreur, payé plus qu'il ne devait pour les arrérages alors échus, il aurait la répétition de l'excédant, et il ne pourrait demander de son côté l'imputation sur le principal de la rente, parce que, à proprement parler, le principal d'une rente constituée n'est pas dû; il n'est que *in facultate luitionis*, et le créancier n'est pas présumé avoir consenti le rachat de sa rente pour partie.

Pothier fait observer que la règle que l'imputation se fait d'abord sur les intérêts avant de se faire sur le principal, n'a pas lieu à l'égard des intérêts qui sont dus par un débiteur, pour peine de sa demeure, du jour de la demande en justice; que ces intérêts sont adjugés comme des dommages-intérêts, et forment une dette distincte du principal; et ce que le débiteur paye, lorsqu'il n'y a point d'imputation de faite, s'impute sur le principal plutôt que sur les intérêts. Telle est, dit le même auteur, notre jurisprudence, suivant arrêt du 8 juillet 1649, au premier tome du *Journal des Audiences*, et autre arrêt du 15 juillet 1706, au *Journal des Audiences*.

Au surplus, dans tous les cas, si le créancier a donné une quittance qui porte l'imputation sur le *capital*, il ne peut revenir contre, et prétendre que l'imputation doit se faire d'abord sur les intérêts : *Si qui dabat* IN SORTEM *se dare dixisset, usuris non debere proficere* (L. 102, § 1, ff. *de solut.*) ; à moins toutefois qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du débiteur. (Art. 1255 par argument.)

193. Voilà pour le cas où le débiteur de diverses dettes de même genre dicte lui-même l'imputation, et que la dette produit ou non des intérêts. Voyons maintenant celui où il ne fait, en payant, aucune déclaration à cet égard : alors le créancier lui-même peut faire l'imputation sur la dette que bon lui semble, sauf au débiteur, si elle ne lui convient pas, à refuser la quittance, et à dicter lui-même l'imputation : *Quoties verò non dicimus id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis cui potiùs debito acceptum ferat; dictâ Lege*, 1, ff. *de solut.* Cette loi met, il est vrai, ensuite, à l'imputation faite par le créancier, la condition qu'elle sera faite comme il eût voulu qu'on la fît pour lui-même, s'il eût été débiteur; et la loi suivante veut que ce soit au moment du payement seulement qu'il puisse la faire : *Dùm in re agendâ hoc fiat, ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine solutum quis eorum velit.*

Mais il est clair, ainsi que l'a remarqué Bachovius (2), que l'obligation imposée au créancier par le premier de ces textes, de faire l'imputation (lorsque le débiteur lui-même ne la dicte pas) sur la dette qu'il aurait voulu acquitter, s'il eût été lui-même débiteur, doit s'entendre des cas où le débiteur n'a pas encore accepté une quittance qui la renferme; autrement le droit qu'on reconnaît au créancier de la faire serait nul et insignifiant, puisque la loi la ferait, à son défaut, de la même manière. C'est l'interprétation qu'ont suivie les rédacteurs du Code, dans l'art. 1255, qui porte que, « Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier » a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut pas

(1) * Les intérêts doivent être liquidés pour que l'imputation par compensation se fasse sur les intérêts. (Req., 8 janvier 1832; Sirey, 1833, 74.)

(2) *Ad Treut.* tit. 2, *disp.* 29, *thes.* 3, *litt. C.*

» demander l'imputation sur une dette diffé» rente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise » de la part du créancier; » comme serait le cas où un débiteur qui ne saurait pas lire, ou une personne simple et rustique, entièrement étrangère aux affaires, accepterait une quittance dans laquelle le créancier aurait glissé une imputation sur telle dette que le débiteur avait pour lors moins d'intérêt d'acquitter que telle autre dette, en admettant d'ailleurs que la somme payée suffisait pour éteindre entièrement cette dernière : car si elle était insuffisante, comme le créancier n'était point obligé de recevoir un payement partiel, on admettrait difficilement le débiteur à venir dire qu'il n'a accepté la quittance que de confiance, et seulement dans la persuasion où il était que l'imputation était dirigée sur cette dette, en conséquence qu'elle doit être changée.

Il en serait toutefois autrement s'il prouvait, par les moyens de droit, qu'il avait lui-même dicté l'imputation sur cette dette, et que le créancier y a consenti en lui déclarant, lorsqu'il lui a remis la quittance, qu'il l'avait effectivement dirigée sur elle ; la convention ferait loi entre les parties; et il suffirait même que le débiteur prouvât que le créancier, en lui remettant la quittance, lui a déclaré avoir fait l'imputation sur ladite dette, bien qu'il ne prouvât pas avoir dicté lui-même d'abord l'imputation, et qu'en effet il ne l'eût point dictée formellement; il n'en serait pas moins vrai de dire qu'il n'a accepté la quittance que sur la foi de la déclaration du créancier, qui l'a trompé; or, le créancier, en faisant cette déclaration, a consenti par cela même à l'imputation par lui déclarée; il y aurait donc lieu à changer celle qui a été faite.

Dans les cas où le débiteur aurait le droit de réclamer contre l'imputation faite dans la quittance qu'il a acceptée, il doit s'empresser de le faire aussitôt qu'il s'aperçoit du dol ou de la surprise ; sinon il pourrait être considéré comme ayant approuvé cette imputation. Ce n'est pas ici une action en nullité, ou une rescision de contrat; et l'art. 1304 qui fixe à dix années, depuis la découverte du dol ou de l'erreur, le délai pour agir en nullité ou rescision pour ces causes ne serait point applicable. Mais comme, d'un autre côté, la loi ne fixe point de délai pendant lequel le débiteur doive élever sa réclamation après avoir découvert la surprise du créancier, ce serait un point laissé à la sagesse des tribunaux, qui jugeraient, d'après les circonstances de la cause, s'il a ou non tacitement ratifié l'imputation frauduleuse.

194. Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le payement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui étaient pareillement échues; sinon sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne l'étaient point. (Art. 1256.)

Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne. Toutes choses égales, elle se fait proportionnellement (*ibid.*); c'est-à-dire au marc le franc pour chaque créance.

Pothier, tout en admettant le principe que l'imputation doit se faire de préférence sur la dette échue, pensait toutefois qu'il en devait être autrement lorsque le terme de la dette la plus onéreuse était sur le point d'expirer lors du payement. Par exemple, dit-il, si la dette non échue, mais dont le terme devait échoi dans peu de jours, emportait la contrainte pa corps, je pense que l'imputation devrait se faire sur cette dette plutôt que sur une dette ordi naire qui se trouverait échue au moment d payement.

On n'a pas consacré cette limitation dans l Code; la disposition est absolue. On est part de la supposition générale des lois romaines qu'un débiteur qui fait un payement a proba blement en vue d'éteindre celle de ses dette pour laquelle il peut être poursuivi de suite *Cùm ex pluribus causis debitor pecuniam sol vit, Julianus elegantissimè putat ex eâ caus eum solvi se videri debere ex quâ tunc, cùm sol vebat, compelli poterit ad solutionem.* (L. 103 ff. *de solut.*) Et quoiqu'en cette matière on s détermine en général par l'avantage du débi teur, néanmoins on a dû penser aussi que l créancier a pu croire que c'était la dette échu que le débiteur voulait acquitter, et que c'e dans cette persuasion qu'il ne l'a point pou suivi pour la dette échue.

Mais *quid* si la somme payée était insuffisante pour solder entièrement cette dette ? D'un côté l'on peut dire que le créancier n'étant point obligé de recevoir un payement partiel, cette considération affaiblit grandement la supposition qu'il a tacitement voulu que l'imputation se fît sur elle; mais d'un autre côté, l'on peut répondre que lorsque toutes choses sont égales entre les diverses dettes, il est bien censé consentir à recevoir des payements partiels, puisque l'imputation se fait sur toutes les dettes proportionnellement. Cependant, si la somme payée cadrait parfaitement avec celle de l'une des dettes non échues, on pourrait naturellement présumer que c'est cette dette que les parties ont entendu éteindre. Les autres circonstances de la cause serviraient aussi à la décision de la question.

195. Au surplus, de ce que la loi impute le payement sur la dette alors échue, de préférence à la dette non échue quoique plus onéreuse, on n'est pas fondé à en conclure que, lorsque aucune des dettes n'est échue, cas que ne prévoit point le Code, l'imputation légale a lieu sur la dette la plus près d'échoir, quoiqu'une autre dette fût réellement plus onéreuse. C'est le caractère réellement le plus onéreux pour le débiteur, qui doit alors dicter l'imputation; sauf toutefois à prendre en considération, pour apprécier celui de chaque dette, le temps qu'il y avait encore à courir jusqu'à son échéance. Il n'y a pas dans la loi de présomption à l'égard de la dette la plus près d'échoir à l'époque du payement, comme il y en a une à l'égard d'une dette échue, quoiqu'une autre dette fût plus onéreuse; et le raisonnement au moyen duquel on voudrait inférer, de ce que la loi présume que le débiteur a entendu payer la dette échue de préférence à une dette non échue quoique plus onéreuse, qu'elle a dû présumer aussi que le débiteur a entendu payer la dette la plus près d'échoir de préférence aussi à une dette plus onéreuse, serait un raisonnement arbitraire, parce qu'il pourrait être très-mal fondé dans beaucoup de cas. Quoi qu'il en soit, il ne saurait être érigé en présomption de droit, et le principe général en cette matière étant que la loi opère l'imputation suivant le plus grand avantage du débiteur, il s'ensuit que c'est réellement sur la dette qu'il avait, lors du payement, le plus d'intérêt d'acquitter, c'est-à-dire sur la dette en réalité la plus onéreuse pour lui à cette époque, que doit porter l'imputation.

196. Le Code, en ce qui concerne l'imputation des payements, ne prévoit pas non plus le cas où aucune quittance n'a été donnée au débiteur de plusieurs dettes envers la même personne qui, en faisant un ou plusieurs payements à son créancier, n'en a point déterminé l'imputation avec lui, se bornant à lui remettre lui-même ou à lui faire remettre une somme, ou des sommes successivement, dont le créancier a fait simplement mention sur son registre domestique, ainsi qu'on le prévoit dans l'article 1331.

La question est de savoir si le débiteur s'est tacitement réservé le droit de dicter dans la suite l'imputation comme il l'entendrait, si l'on doit regarder les choses comme entières tant qu'il n'a pas reçu de quittance; ou bien, au contraire, s'il s'en est reposé sur le créancier, ou sur la loi, pour faire l'imputation dès le principe et d'une manière irrévocable.

Nous tenons pour cette derrière opinion; nous pensons, que lorsque le débiteur, en faisant un payement, ne dicte point l'imputation, qu'il ne fait non plus aucune réserve à ce sujet, il est censé s'en reposer sur le créancier, ou sur la loi, du soin de la faire; mais sur le créancier, en tant qu'il la ferait pour le plus juste et le meilleur, ainsi qu'il aurait voulu qu'on la fît pour lui-même, s'il eût été débiteur. Telle est la disposition de la loi 1re, ff. *de solut.*, déjà citée. En sorte que s'il ne l'avait pas faite *ex æquo et bono*, il y aurait lieu à recourir à l'imputation légale; et c'est une notable différence d'avec le cas où le créancier fait l'imputation du consentement du débiteur, *in re præsenti*, lors du payement; car dans ce cas il peut la diriger même sur la dette la moins onéreuse, et le débiteur qui a reçu une quittance portant cette imputation ne peut plus la faire réformer, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier.

197. Mais dans le cas d'une imputation faite

dès le principe *ex æquo et bono*, quoique par le créancier seul, cette imputation ne peut plus être changée ni par le débiteur ni par le créancier, ni même d'un commun consentement, s'il en devait résulter un préjudice pour des tiers, attendu que la dette a été éteinte, et, sauf les exceptions, très-rares, admises par la loi, une dette éteinte ne saurait revivre, surtout lorsque les droits des tiers s'en trouveraient compromis. L'art. 1299 en est une des nombreuses preuves.

Que si le créancier lui-même n'a point fait non plus d'imputation dès le principe, les parties sont l'une et l'autre censées s'en être reposées sur la loi à cet égard; par conséquent il y a lieu d'appliquer ce que décide l'art. 1256 pour le cas où le débiteur a accepté une quittance qui ne porte point d'imputation, car la raison est absolument la même. Ce n'est pas la quittance qui fait le payement, qui éteint la dette; elle a seulement pour objet de constater le payement, et par suite l'extinction de la dette: or nous supposons un payement pur et simple, sans réserve de la part du débiteur du droit de dicter ensuite l'imputation comme il l'entendrait.

198. On a vu que, d'après l'art. 1256, si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne, et que toutes choses égales, elle se fait proportionnellement. Dans ce dernier cas, le créancier est ainsi supposé avoir consenti à recevoir un payement partiel sur chacune de ses créances : il pouvait exiger du débiteur qu'il fît une imputation sur l'une d'elles, ou bien la faire lui-même à son refus, et il ne l'a pas fait. Mais dans le premier cas, l'imputation légale lui est favorable, en ce que les créances les moins anciennes, par conséquent celles qui généralement sont le plus éloignées du temps où la prescription pourrait s'accomplir, lui sont conservées; mais le débiteur, qui ne peut guère d'ailleurs être supposé avoir eu en vue ce moyen assez odieux de libération, pouvait dicter l'imputation sur les dettes les plus nouvelles.

199. Voyons maintenant quelles sont, en général, les dettes que le débiteur avait, lors du payement, le plus d'intérêt d'acquitter parmi celles qui étaient échues; nous connaîtrons par là celle qui a été éteinte par l'imputation légale.

1° Il est clair que l'on ne doit pas entendre par là les dettes purement naturelles, puisque le payement n'en peut être exigé, ni celles sur la demande desquelles le débiteur pouvait opposer une exception de nullité ou de rescision, ou une fin de non-recevoir tirée de la prescription ou de toute autre cause. (L. 103, ff. *de solut.*)

2° Mais est plus onéreuse la dette avec clause pénale, surtout lorsque la peine est pour le simple retard; celle qui entraîne la contrainte par corps, ou qui produit des intérêts. Il en est de même de la dette avec cautionnement, parce qu'il vaut mieux se libérer envers deux personnes qu'envers une seulement. (L. 4, ff. *de solut.*) Est plus onéreuse aussi la dette avec hypothèque, antichrèse ou gage, ou qui n'est pas susceptible d'extinction par compensation, *puta* une dette d'aliments déclarés insaisissables, ou de terme de grâce, comme une lettre de change. Pas de difficulté sur ces points; ce qui peut en présenter, c'est lorsque chacune des dettes a un caractère onéreux; il faut alors comparer le caractère de l'une avec le caractère de l'autre.

Ainsi, 3° si l'une des dettes est avec cautionnement et l'autre avec hypothèque, la dette avec cautionnement est généralement la plus onéreuse, car le débiteur, obligé non-seulement envers le créancier, mais encore envers la caution, a intérêt à ce que cette dette soit éteinte par préférence à d'autres, parce qu'on a généralement intérêt à être libéré envers deux personnes plutôt qu'envers une seule. (LL. 4 et 5, ff. *de solut.*) Cependant si l'hypothèque ou le gage avait été fourni par un tiers, ce serait une espèce de cautionnement fourni par sa chose, et si elle était vendue par suite du défaut de payement, comme le débiteur pourrait être passible de plus forts dommages-intérêts qu'en matière de cautionnement proprement dit lorsque la caution a payé sans éprouver de saisie, la dette avec hypothèque ou gage pourrait être en réalité la plus onéreuse. Ce serait un point, au surplus, à juger d'après les circonstances de

la cause, comme la plupart de ceux que nous traitons sur ce sujet.

4° Si l'une des dettes est avec hypothèque et l'autre avec antichrèse, la dernière, en général, doit être réputée la plus onéreuse, parce que, indépendamment de la faculté qu'a le créancier de faire vendre l'immeuble soumis à l'antichrèse, comme s'il était affecté d'hypothèque, le débiteur est privé de sa jouissance.

5° Si l'une des dettes produit des intérêts et que l'autre soit avec hypothèque, gage, ou cautionnement, la première sera le plus souvent considérée comme la plus onéreuse, à moins que certaines circonstances ne dussent faire décider le contraire. On devrait même aussi, en général, le décider ainsi, encore que l'autre dette fût avec clause pénale, sauf le cas où la peine serait due pour le simple retard, et le cas aussi où elle serait d'une valeur au-dessus de la valeur de l'objet de l'obligation.

6° La question de savoir si la dette avec clause pénale est plus onéreuse que celle avec cautionnement, dépend aussi beaucoup des circonstances; mais en général elle est plus onéreuse, et cela est surtout particulièrement vrai dans le cas où la peine a été stipulée pour le simple retard.

7° Si l'on est débiteur pour son compte, et caution pour un autre, l'imputation doit plutôt se faire sur la dette dont on est tenu pour soi-même que sur celle dont on est tenu pour autrui : *Quod vero simile videretur diligentem debitorem admonitu ita negotium suum gesturum fuisse.* (L. 97, ff. *de solut.*) Cette décision de la loi romaine a acquis une nouvelle force de l'introduction du bénéfice de discussion, par Justinien. D'ailleurs, n'ayant point de recours contre le débiteur principal dans le cas où elle aurait payé sans être poursuivie et sans l'avoir averti, lorsque celui-ci avait des moyens pour faire déclarer sa dette éteinte, elle ne doit pas être présumée avoir voulu payer cette dette de préférence à la sienne propre.

8° Si l'on est débiteur pour soi seul, et débiteur solidairement avec d'autres, l'imputation doit, en général, avoir lieu sur la dette que l'on a contractée seul; car, bien que la dette solidaire soit due en totalité par chaque débiteur, néanmoins on doit être présumé avoir voulu plutôt éteindre la dette dont on était exclusivement tenu, parce qu'on a pu penser que le créancier s'adresserait peut-être pour la dette solidaire à un autre des codébiteurs; auquel cas, cette dette se divisant en tous, on n'aurait eu qu'à en payer sa part seulement.

§ IV.

Des offres de payement, et de la consignation.

SOMMAIRE.

200. *Ce qu'on entend par offres réelles.*
201. *Texte de l'art.* 1257.
202. *Dans quel cas on fait ordinairement des offres.*
203. *Les offres doivent être faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui.*
204. *Elles doivent être faites par une personne capable de payer.*
205. *Et de la totalité de la somme exigible, avec les intérêts ou arrérages échus, et les frais liquidés.*
206. *Comment doit être étendue cette condition à l'égard d'une dette payable en plusieurs termes ou à l'égard de plusieurs années d'arrérages qui se trouvent échus.*
207. *Il faut que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier.*
208. *Et que la condition soit accomplie, s'il en avait été mis une pour suspendre l'effet de l'obligation.*
209. *Mais la stipulation d'une condition résolutoire non encore accomplie ne fait point obstacle à la validité des offres.*
210. *Le créancier peut mettre à ses offres les conditions raisonnables et d'usage.*
211. *Lieu où doivent être faites les offres.*
212. *Ce que peut faire le débiteur d'un effet de commerce transmis par la voie de l'endossement, quand il ignore en quelles mains il se trouve.*
213. *Comment doit agir le débiteur dans les autres dettes si le créancier est absent.*
214. *Les offres doivent être faites par un officier ministériel.*

215. *Ce qui est dû pour droits d'enregistrement, selon que les offres sont ou non acceptées.*

216. *Il doit être laissé copie du procès-verbal d'offres au créancier si celui-ci n'accepte pas les offres.*

217. *Mentions que doit faire l'officier ministériel dans son procès-verbal, lorsqu'il ne trouve pas le créancier au lieu où se font les offres.*

218. *Les offres doivent être suivies de la consignation pour opérer la libération, sauf le cas prévu à l'art. 1264.*

219. *Il n'est pas nécessaire aujourd'hui, pour que la consignation soit valable, qu'elle ait été autorisée par la justice ; conditions et formalités exigées par l'art. 1259 pour la validité de la consignation.*

220. *Cas où la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve.*

221. *Cas où il s'agit d'une certaine quantité de denrées dues en général, où les offres doivent être faites dans ce cas, et qui doit supporter les frais de transport lorsque la chose ne devait pas être livrée au lieu où se font les offres.*

222. *Quand les offres sont suffisantes et régulières et qu'elles ont été suivies de la consignation, le débiteur est libéré comme par un payement, s'il ne les retire pas avant qu'elles aient été acceptées par le créancier, ou déclarées valables par un jugement passé en force de chose jugée.*

223. *Les intérêts ne cessent de courir que du jour de la consignation, même quand les offres auraient été réitérées à l'audience, ce qu'on appelle dans la pratique* réalisation.

224. *Qui doit supporter le coût du transport de l'huissier lorsque le créancier accepte les offres qui lui sont faites par celui-ci.*

225. *La libération du débiteur date du jour du dépôt, et non pas du jour des offres, ni seulement du jour de la signification de l'acte de dépôt.*

226. *Les frais des offres sont à la charge du créancier si elles sont valables, mais ceux de payement n'en restent pas moins à la charge du débiteur.*

227. *Le débiteur n'est point obligé de faire juger ses offres dans un délai déterminé.*

228. *La consignation volontaire ou ordonnée par justice, est toujours faite à la charge des oppositions, s'il y en a, et en les dénonçant au créancier.*

229. *La consignation tient lieu de payement, mais n'est point un payement proprement dit; en conséquence, le débiteur peut la retirer tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier, et s'il la retire, les codébiteurs ou les cautions ne sont point libérés.*

230. *Et les priviléges et hypothèques qu'il avait fournis subsistent toujours.*

231. *Il peut la retirer même dans le cas où les espèces consignées auraient augmenté de valeur. Pothier était d'un avis contraire.*

232. *Les codébiteurs ou cautions n'auraient pas non plus, en cette seule qualité, le droit de s'opposer à ce qu'il la retirât ; M. Pigeau était d'un avis opposé.*

233. *Effet du jugement passé en force de chose jugée qui a déclaré la consignation valable.*

234. *Effet du consentement du créancier à ce que le débiteur retire sa consignation après qu'elle a été jugée valable, ou acceptée par lui.*

235. *Le débiteur ne peut plus, dans ce cas, la retirer sans le consentement du créancier.*

236. *Qu'entend-on par* jugement passé en force de chose jugée?

237. *Les autres créanciers du débiteur peuvent former opposition à ce qu'il retire sa consignation : effet de cette opposition.*

238. *Effet de l'acceptation de la consignation par le créancier depuis les oppositions.*

239. *Ses propres créanciers peuvent aussi former opposition à la consignation : effet de cette opposition.*

240. *Effet de l'état de faillite dans lequel tomberait le débiteur avant l'acceptation de la consignation par le créancier, ou un jugement passé en force de chose jugée qui l'aurait déclaré valable.*

Art. 1er.

Ce qu'on entend par offres réelles.

200. On entend par *offres*, la présentation faite à quelqu'un de ce qui lui est dû, en observant les formalités tracées par la loi à cet effet.

Il faut donc que les offres soient réelles; en sorte que de simples offres par paroles ne sont pas des offres dans le sens de la loi, parce qu'elles peuvent n'être pas sincères, et, dans tous les cas, parce qu'elles ne donnent point au créancier le pouvoir d'appréhender la chose et d'en disposer (1).

Bien mieux, pour tenir lieu de payement, et opérer en conséquence la libération du débiteur, il faut de plus que les offres soient suivies de la consignation, c'est-à-dire de la remise de la chose dans le lieu destiné à cet effet par la loi, sauf le cas prévu à l'article 1264.

201. Ainsi, porte l'article 1250, « Lorsque » le créancier refuse son payement, le débi» teur peut lui faire des offres réelles, et, au » refus du créancier de les accepter, consigner » la somme ou la chose offerte.

» Les offres réelles suivies d'une consigna» tion libèrent le débiteur; elles tiennent lieu » à son égard de payement lorsqu'elles sont » valablement faites, et la chose ainsi consignée » demeure aux risques du créancier. »

Ce n'est point en effet un payement proprement dit, puisque, comme on le verra plus loin, le débiteur peut retirer la chose tant que le créancier ne l'a point acceptée, et que, s'il la retire, les cautions et les codébiteurs ne sont point libérés, et les priviléges et hypothèques ne sont point éteints.

202. On fait ordinairement des offres pour arrêter le cours des intérêts d'une dette, pour prévenir, dans certains cas, l'effet d'une peine convenue ou prononcée par un jugement, pour pouvoir retirer une chose donnée en nantissement, ou libérer des biens affectés d'une hypothèque, ou une caution, ou enfin pour se mettre à couvert du danger de la diminution ou de la suppression des espèces et en transférer ainsi le péril au créancier, etc.

Nous verrons d'abord quelles sont les conditions et les formalités requises pour la validité des offres et de la consignation; ensuite nous parlerons de l'effet des offres.

Art. II.

Quelles sont les conditions et formalités requises pour la validité des offres et de la consignation.

203. L'art. 1258 trace ces conditions et formalités pour la validité des offres elles-mêmes, et l'article suivant, celles qui doivent être observées après les offres pour qu'elles opèrent la libération du débiteur.

Pour que les offres réelles soient valables, il faut :

1° Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui.

Quant à ce point, il faut se reporter à ce que nous avons dit plus haut sur le payement en général, en observant toutefois que, bien que dans la plupart des cas où un tiers est indiqué dans la convention pour recevoir le payement, on puisse le lui faire avec effet, et par conséquent les offres aussi; néanmoins il faut en faire juger la validité avec le créancier, à moins que le tiers ne le soit lui-même devenu par la délégation ou autrement; car le fait seul de l'indication ne donne pas qualité au tiers pour plaider pour le créancier, elle ne lui donne qualité que pour recevoir le payement.

204. 2° Qu'elles soient faites par une personne capable de payer.

Il faut aussi à cet égard se reporter à ce qui a été dit sur le payement en général.

205. 3° Qu'elles soient de la totalité de la

(1) * On ne peut considérer comme une offre réelle valable, dans le sens de la loi, celle par laquelle le débiteur, au lieu d'offrir au créancier à deniers découverts la somme due, veut lui donner une délégation sur une tierce personne qui a entre les mains des fonds qui lui appartiennent. (Brux., 5 déc. 1828; J. de B., 1828, 253.

somme exigible (1) des arrérages dus, des frais liquidés et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire.

En conséquence, si les offres n'étaient pas complètes, si, par exemple, les intérêts non prescrits n'étaient pas offerts en totalité, de telles offres ne seraient pas valables et n'arrêteraient pas le cours des intérêts pour la somme offerte, quoique ensuite consignée. La dépréciation et la perte des deniers seraient à la charge du débiteur, sauf son action contre le consignataire, s'il y avait lieu. Et il ne faut pas non plus offrir au delà de ce qui est dû, puisque les offres doivent simplement désintéresser le créancier, et ne pas l'exposer, s'il les accepte, à une demande en restitution pour le trop payé (2).

206. Du reste, lorsque la dette est payable en plusieurs termes, il suffit d'offrir le terme ou les termes échus (3), avec les intérêts également échus, et pour les frais, comme il est dit ci-dessus. Nous pensons même, dans le cas où plusieurs termes seraient échus, que le débiteur ferait valablement des offres de l'un d'eux seulement, même à son choix, pourvu qu'elles fussent entières de ce terme. Vainement on dirait que maintenant tous les termes échus sont exigibles et ne forment qu'une seule et même dette; nous répondrions, au contraire, que le débiteur avait le droit de payer par parties, et qu'il ne l'a pas perdu par le retard qu'il a mis à payer quelques termes; sauf au créancier à le poursuivre pour les termes échus et non offerts. Pothier dit, d'après Dumoulin, que le débiteur de plusieurs années d'arrérages peut obliger le créancier à recevoir le payement d'une année, quoiqu'il ne lui offre pas en même temps le payement des autres; qu'ainsi un emphytéote, sujet par la clause du bail à déchoir de son droit pour cause de cessation du payement des trois années de redevance, peut éviter cette peine en offrant le payement d'une année avant l'expiration de la troisième. Par la même raison, aujourd'hui le débiteur d'une rente constituée en perpétuel pourrait, en offrant le payement intégral d'une année d'arrérages, prévenir l'application de l'article 1912 touchant le remboursement forcé du capital auquel il est assujetti s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années. Or, la raison est la même pour une dette divisée en plusieurs payements; car cela en a fait en quelque sorte autant de dettes qu'il y avait de payements à faire, tellement que la prescription court, pour chaque partie de la dette, du jour où le payement devait en être fait, et non pas seulement du jour de l'échéance du dernier terme, parce qu'elle doit courir du jour où le créancier a pu agir, c'est-à-dire pour ce qu'il pouvait alors demander.

Il est vrai que ces auteurs pensaient que le créancier ne pouvait être contraint de recevoir les arrérages des dernières années avant d'avoir reçu ceux des précédentes, par la raison, disaient-ils, que cela mettrait de la confusion dans ses comptes, *ne rationes ejus turbentur*; tandis que, selon nous, le débiteur peut même offrir le payement de l'un des termes échus, à son choix. Mais l'on sent combien est faible, et même frivole, cette raison tirée du dérangement que cela pourrait apporter dans les comptes du créancier; elle ne peut point paralyser le droit qu'a tout débiteur de plusieurs dettes de déclarer quelle est celle qu'il entend acquitter (art. 1253); or, nous soutenons qu'une dette divisée en plusieurs termes ou payements forme en quelque sorte autant de dettes qu'il y a de payements à faire. Que le créancier poursuive le débiteur pour le surplus de ce qui est échu, il en a le droit; mais le débiteur aussi a le droit d'offrir chaque terme en particulier, puisqu'il pouvait faire chacun des payements de cette manière; et rien dans la loi ne dit qu'il a perdu ce droit par le seul fait du retard qu'il a mis à faire quelques payements. Dumoulin et Pothier eux-mêmes le reconnaissaient bien d'ailleurs à l'égard d'un débiteur de plusieurs années d'arrérages, puisqu'ils lui accordaient le droit de faire des offres de l'une

(1) * Liége, 11 mars 1819. (Rec. de Liége, 7, 110.)

(2) Denisart, vo *Offres*.

* L'offre d'une somme inférieure à celle qui est due, laquelle est certaine et liquide, n'est pas admissible quoique faite *sauf à parfaire ou distraire*. (Bourges, 9 décembre 1830.)

(3) Pothier, no 575.

u de quelques-unes seulement, pourvu que ce it des plus anciennes; restriction qui ne fait en quant au point de savoir si tout ce qui est lors échu ne forme qu'une seule et même ette, et si, en conséquence, les offres, pour tre valables, doivent nécessairement être de ut ce qui est échu au moment où elles ont eu, question décidée négativement par ces iteurs eux-mêmes.

207. 4° Que le terme soit échu, s'il a été ipulé en faveur du créancier, lors même qu'il aurait été aussi en faveur du débiteur; en orte que les offres de payement d'une lettre de hange, faites avant l'échéance de la lettre, ne ont pas valables. (Art. 146, Cod de comm.)

208. 5° Que la condition sous laquelle la dette été contractée soit accomplie; car jusque-là n'y a pas à proprement parler de dette, mais eulement l'espérance d'une dette. Et quand ien même celui qui fait les offres renoncerait u droit de répéter dans le cas où la condition e s'accomplirait pas, les offres n'en seraient as plus valables pour cela, parce que ce serait aire un don à celui à qui elles seraient faites, t que *invito beneficium non datur*. Et s'il se éservait le droit de répéter, cela obligerait le réancier à garder la somme ou la chose, tanlis que c'est au débiteur à la garder et à la conerver jusqu'au moment où la condition venant s'accomplir, il en doit faire le payement. S'il n est autrement à l'égard du terme, lorsqu'il l'a pas été stipulé dans l'intérêt du créancier, c'est parce que le terme ne suspend point la lette, dont il retarde seulement l'exécution. Art. 1185.)

209. Mais comme la condition résolutoire ne suspend point l'obligation, qu'elle remet seulement, lorsqu'elle s'accomplit, les choses au même état que si l'engagement n'avait pas existé (art. 1183), nul doute qu'un débiteur sous condition résolutoire ne puisse valablement faire des offres tant que la condition ne s'est pas réalisée. Vainement le créancier alléguerait qu'il sera obligé de garder la chose, pour la restituer, si la condition venait à s'accomplir, et que cette charge fût incommode; il ne serait point écouté, parce que, en stipulant sous une condition de cette nature, il s'est soumis à toutes ces conséquences.

210. Au surplus, si l'on ne peut faire des offres pour une dette suspendue par une condition, rien n'empêche du moins de mettre aux offres que l'on fait certaines conditions, pourvu qu'elles soient raisonnables, c'est-à-dire, pourvu que le débiteur soit en droit d'exiger l'exécution de la charge ou condition qu'il met; par exemple, on peut offrir à la charge de remettre des titres, de donner des décharges, d'apporter des mainlevées d'opposition, de justifier des qualités (1), de consentir la radiation d'une inscription hypothécaire, de consigner, en certains cas, la somme offerte, de fournir, aussi en certains cas, une caution, etc.

211. 6° Que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le payement; et s'il n'y a pas de convention spéciale à cet égard, qu'elles soient faites, s'il s'agit d'un corps certain, au lieu où il était au moment de la convention, et s'il s'agit de toute autre chose, à la personne du créancier ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention.

212. S'il s'agit d'un effet de commerce transmis par la voie de l'endossement, et que l'on ignore en quelles mains il se trouve, une loi du 6 thermidor an III porte que si le billet n'est pas présenté dans les trois jours de l'échéance, le débiteur est autorisé à consigner la somme, et à remettre l'acte du dépôt en échange du billet quand il lui sera présenté; et la somme déposée doit être remise sans autre formalité que la remise de l'acte du dépôt, revêtu de la signature de celui qui reçoit; et s'il ne sait pas écrire, il en est fait mention sur les registres.

213. Quant aux autres dettes, si le créancier est absent déclaré tel, les offres doivent être faites à l'envoyé en possession provisoire de ses biens, ou à celui qui en a l'administration légale (art. 134), à personne ou domicile.

(1) Denisart, au mot *Offres*.

Mais si l'absence n'a point encore été déclarée, les offres peuvent être faites au domicile qu'avait l'absent lors de son départ.

214. 7° Que les offres soient faites par un officier ministériel lequel doit dresser procès-verbal contenant désignation des choses offertes, de manière qu'on ne puisse y en substituer d'autres; et si ce sont des espèces, que le procès-verbal en contienne l'énumération et la qualité. Il doit faire aussi mention de la réponse, du refus ou de l'acceptation du créancier, et s'il a refusé ou déclaré ne pouvoir signer. (Articles 812 et 813, Cod. de procéd.)

215. Dans le cas de refus des offres, il n'est dû pour droit d'enregistrement que la somme d'un franc (art. 68-30° de la loi du 22 frimaire an VII); au lieu que dans le cas d'acceptation, le procès-verbal doit contenir quittance de la part du créancier, et en conséquence il est assujetti au droit proportionnel, pour payement de 50 cent. par 100 francs. (Art. 68, § 11-11°, *ibid.*)

216. Il doit être laissé copie du procès-verbal d'offres au créancier, si celui-ci n'accepte pas les offres. Ni le Code civil ni le Code de procédure ne parlent, il est vrai, de cette copie; mais on sent qu'elle est commandée par la nature des choses; car il faut bien que le créancier puisse méditer la nature des offres qui lui ont été faites : aussi l'art. 59 du tarif du Code de procédure contient-il la taxe de cette copie.

217. Si le créancier n'est pas présent à son domicile, l'officier ministériel fait mention dans son procès-verbal de la personne à laquelle il parle, et à laquelle il laisse la copie; et s'il ne trouve aucun des parents ou serviteurs du créancier, il doit remettre de suite la copie du procès-verbal à un voisin, qui signera l'original; si ce voisin ne peut ou ne veut signer, l'huissier doit remettre la copie au maire ou adjoint de la commune, lequel vise l'original, sans frais; et l'huissier fait mention du tout tant sur l'original que sur la copie. (Argum. de l'art. 68, Cod. de procéd.) Ces mesures, prescrites pour prévenir les surprises en matière d'ajournement, sont également nécessaires, par les mêmes motifs, en matière d'offres.

Enfin, si la convention indique la demeure d'un tel, en telle ville, telle rue, tel n°, pour le lieu du payement, et que le tiers ait depuis changé de demeure, le débiteur n'est point obligé pour cela de faire les offres au domicile du créancier, ni au nouveau domicile du tiers, qu'il peut fort bien ignorer; mais le procès-verbal d'offres doit faire mention de cette circonstance, ainsi que de la personne demeurant dans la maison indiquée à laquelle l'huissier aura parlé, et à laquelle il remet la copie qui est signée par elle; et dans le cas où elle ne veut ou ne peut la signer, l'huissier doit procéder comme il est dit ci-dessus.

218. Telles sont les formalités générales prescrites pour faire valablement les offres, mais elles n'ont pas été jugées suffisantes pour opérer la libération du débiteur, pour tenir lieu, à son égard, de payement; il faut de plus la consignation, à l'exception des cas où il s'agit de choses qui ne pourraient être déposées sans les plus grands embarras, dans la caisse destinée à recevoir les choses offertes, et dont nous allons bientôt parler (1).

219. Avant le Code, c'était un point controversé que de savoir si le débiteur pouvait, pour se libérer, consigner sans en avoir obtenu l'autorisation de la justice. Pothier pensait que cette autorisation n'était pas nécessaire pour la validité de la consignation; qu'il suffisait que le débiteur eût déclaré au créancier, lors des offres, que sur son refus il allait consigner en tel lieu, à tel jour et à telle heure, et, en conséquence, que le jugement qui intervenait par la suite sur les offres et qui confirmait la consignation, avait un effet rétroactif au temps où elle avait été faite. Pothier cite un arrêt

(1) * L'offre de payement, bien que non suivie de consignation, sur le refus du créancier de recevoir la somme offerte, suffit pour empêcher que le débiteur ne soit constitué en demeure. (Brux., 30 décembre 1829; J. de B., 1830, 1, 218; J. du 19e s., 1831, 185.)

ı 11 août 1703 qui avait jugé en ce sens. Cependant l'opinion contraire était plus suivie, et l'usage ait généralement de faire précéder la consiıation de l'autorisation de la justice. Le créaner, lors de sa demande, réitérait ses offres à ıudience ; ce qu'on appelait *réalisation*.

Le Code a adopté l'opinion de Pothier. Ainsi, n'est pas nécessaire, pour la validité de la ınsignation, qu'elle ait été autorisée par le ıge; il suffit des quatre conditions suivantes ırt. 1259) ;

1° Qu'elle ait été précédée d'une sommation gnifiée au créancier, et contenant l'indication ı jour, de l'heure et du lieu où la chose ofırte sera déposée;

2° Que le débiteur se soit dessaisi de la chose fferte, en la remettant dans le dépôt indiqué our recevoir les consignations (1), avec les inıèts, *jusqu'au jour du dépôt;*

3° Qu'il y ait eu procès-verbal dressé par officier ministériel de la nature des espèces ffertes, du refus qu'a fait le créancier de les ecevoir, ou de sa non-comparution, et enfin du épôt;

4° Qu'en cas de non-comparution de la part u créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait té signifié avec sommation de retirer la chose éposée.

L'officier ministériel qui doit dresser le proès-verbal du dépôt n'est pas celui entre les ıains duquel on fait la consignation, mais un uissier, celui qui a fait les offres, ou un autre, 'importe. (Art. 60 du Tarif, qui assujettit huissier à en donner copie au dépositaire, insi qu'au créancier.)

220. Si la chose due est un corps certain ui doit être livré au lieu où il se trouve, le lébiteur doit faire sommation au créancier de 'enlever par acte notifié à sa personne ou à son lomicile, ou au domicile élu pour l'exécution le la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci peut obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu. (Art. 1264.)

Les frais de transport au lieu du dépôt, et ceux de logement et de garde, seraient à la charge du créancier.

Ainsi le dépôt n'est point prescrit dans ce cas, il est facultatif pour le créancier. Mais bien que l'art. 1264 ne prescrive pas de dresser un procès-verbal du dépôt ni de faire une notification de ce dépôt au créancier, néanmoins il faut bien lui faire connaître le lieu où la chose a été mise; et si un procès-verbal du dépôt n'est pas absolument indispensable, du moins une notification de ce dépôt est nécessaire.

Du moment que le débiteur a fait au créancier sommation d'enlever la chose, il est déchargé de la responsabilité des cas fortuits, s'il les avait pris à sa charge, et s'il était en demeure, la demeure est purgée. S'il a fait ordonner le dépôt de la chose dans un autre lieu, et qu'il l'ait effectué, il est entièrement dégagé de toute responsabilité relativement à la garde de l'objet; sauf au créancier son action contre le tiers dépositaire, s'il y a lieu. S'il a continué à garder la chose chez lui, il ne répond plus que de sa faute grave, dans les cas même où il eût été tenu de la faute moyenne ou légère, soit d'après la nature de l'affaire, soit en raison d'une clause particulière du contrat (2).

221. Le Code ne prévoit pas le cas où l'objet de l'obligation serait une chose indéterminée, comme un cheval en général, cent hectolitres de froment, dix pièces de vin de tel canton.

Si l'on est convenu d'un lieu pour le payement, il n'y a pas de difficulté; le débiteur doit y transporter la chose, et à ses frais, à moins de convention contraire, et il doit faire sommation au créancier de l'y recevoir; mais cette sommation ne doit pas moins être faite à personne ou au domicile réel du créancier, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention, lieu qui peut être fort distinct de celui où le

(1) Non plus à la caisse d'amortissement, mais à la caisse des consignations, pour les consignations faites à Paris, et chez les préposés de cette caisse, pour celles faites dans les départements. (Ordonnance du 3 juillet 1816.)

(2) *Voyez* les LL. 16, ff. *de periculo et comm. rei vend.*; 9. ff. *soluto matrim. quemad. dos petatur;* et 73 ff. *de solut.*

payement doit être effectué (1). (Art. 1258-6°.)

Si l'on n'est pas convenu d'un lieu pour la livraison, elle doit être faite au domicile du débiteur. (Art. 1247). M. Pigeau (2) décidait que les offres doivent être faites, dans ce cas, au domicile du créancier, et, pour cela, que le débiteur doit y transporter la chose. Cet auteur, qui se fondait, pour le décider ainsi, sur l'article 1258, n° 6, n'a pas parlé des frais de transport, mais il est à croire qu'il entendait qu'ils devraient être supportés par le créancier. Quoi qu'il en soit, nous ne croyons pas qu'il soit même vrai de dire que le débiteur de choses indéterminées *doive* transporter la chose chez le créancier pour lui en faire des offres valables; telle, n'a pu être la pensée du législateur. Il y aurait de trop graves inconvénients; ce serait, dans une foule de cas, exposer le créancier lui-même à des pertes considérables, indépendamment des frais de transport qu'il aurait à supporter, et qu'il devrait, de toute justice, supporter dans ce système. Par exemple, si quelqu'un de tel endroit doit à une personne qui a son domicile dans un autre lieu, cent hectolitres de froment qui doivent être délivrés au lieu où demeure le débiteur, parce qu'il n'y a pas de lieu convenu spécialement pour y faire la délivrance, et que le blé soit plus cher dans le lieu où elle doit être faite que dans celui où demeure le créancier, ne serait-il pas déraisonnable d'obliger le débiteur, pour pouvoir faire des offres valables, à transporter ce blé chez le créancier? Et si c'étaient des marchandises qui eussent subi des droits d'entrée dans la ville où la délivrance devrait être faite, par exemple du vin livrable dans l'intérieur de Paris, ne serait-ce pas supposer au législateur une intention absurde que celle d'avoir voulu que ce vin sortît de Paris et fût transporté peut-être à deux cents lieues de là, où demeure le créancier, pour que le débiteur puisse le lui offrir? Vainement dirait-on que c'est tant pis pour le créancier, de n'avoir pas pris délivrance dans le lieu où elle devait être faite; car, en admettant même qu'il y aurait toujours de sa faute, que jamais le débiteur n'userait de surprise, n'agirait par malice, que ce serait toujours après avoir fait des offres à l'amiable, des offres bien constatées, qu'il lui conduirait la chose chez lui, la loi n'en serait pas moins très-vicieuse, puisqu'il y a un autre moyen bien plus simple de mettre le créancier en demeure sans l'exposer à des pertes, et ce moyen, c'est celui qui est tracé par l'art. 1264, pour le cas où il s'agit d'un corps certain et déterminé. Ce serait d'ailleurs très-incommode pour le débiteur lui-même, qui aurait ainsi à faire voyager des denrées au loin, à en surveiller le transport et à courir les risques qui en sont inséparables, ou bien à acheter sur les lieux des choses de même espèce pour les livrer, tandis qu'il en a chez lui pour cela. Et si l'on songe que la loi ne parle en aucune manière de ces offres préalables, qu'elle ne parle non plus d'aucun acte qui aurait pour objet de les constater, on verra facilement combien d'abus ce système pourrait faire naître, combien il serait aisé à un débiteur de satisfaire quelque animosité envers le créancier, en lui envoyant, à l'improviste, les denrées dues ou autres objets, et de lui faire ainsi supporter des frais de transport, et subir une grande dépréciation dans la valeur de la chose due.

Mais, au contraire, les offres doivent être faites au lieu où le payement doit être effectué, par conséquent, dans l'espèce, au domicile du débiteur. L'art. 1256-6° n'est point applicable au cas qui nous occupe; car, par l'offre que fait le débiteur, par sa sommation au créancier d'enlever la chose, il la rend corps certain et déterminé, ce qui donne lieu d'appliquer l'art. 1264, tout comme si l'obligation eût été d'un corps certain dès le principe. Le débiteur doit donc simplement faire sommation au créancier, à personne ou au domicile élu pour l'exécution de la convention, s'il y en a un, de venir prendre délivrance dans l'endroit où elle doit être faite, et si le créancier n'obtempère point à la sommation, et que le débiteur ait besoin du lieu où se trouve la chose due, il peut demander au tribunal d'être autorisé à la mettre en dépôt dans un autre lieu, aux frais du créancier. C'est ainsi que les choses se passent dans la pratique. Dès la sommation, la chose est aux risques

(1) *Voyez suprà*, nos 97 et suiv.

(2) *Procédure civile*, livre 3, *des offres*, § 3.

u créancier, parce qu'elle est devenue déter-minée, tandis qu'auparavant elle était aux ris-ues du débiteur comme chose indéterminée; r, *genus non perit;* en sorte que le débiteur ne épond plus que de sa faute, et après le dépôt, ne répond plus de rien.

S'il a de fait conduit la chose chez le créancier, que celui-ci ne veuille pas la recevoir, il ne oit pas pour cela l'abandonner; il doit, s'il ne eut pas la remporter, demander à être autorisé la mettre en dépôt dans quelque lieu, comme est dit ci-dessus.

Art. III.

e l'effet des offres régulières suivies de la consignation.

222. Si toutes les formalités ci-dessus rap-elées ont été remplies, le débiteur, pourvu u'il ne retire pas sa consignation avant qu'elle t été agréée par le créancier, ou déclarée lable par un jugement passé en force de hose jugée, est pleinement libéré ainsi que ses débiteurs et ses cautions, et ses biens sont franchis des hypothèques qui étaient atta-hées à la dette; les intérêts ont cessé de courir u jour de la consignation; les risques sont à charge du créancier, en sorte que s'il y a iminution de valeur dans les espèces, elle est upportée par lui; les frais des offres et de la onsignation sont aussi à sa charge, si elles ont valables, et il a contre le consignataire action de dépôt pour retirer la chose ou la omme déposée.

223. Quant aux intérêts, M. Pigeau décidait ien que, dans les consignations faites sans utorisation de justice, ils ne cessaient de cou-r qu'à partir du jour de la consignation, onformément à l'art. 1259, n° 2; mais il pré-endait que lorsque la consignation a été autori-ée par justice, sur la demande du créancier, es intérêts ont cessé du jour où celui-ci a réi-éré ses offres à l'audience, en les *réalisant,* en aisant ainsi des offres réelles. Il a soutenu que article 816 du Code de procédure doit être ntendu en ce sens, et que telle a été la pensée es commissaires rédacteurs. Cet article est insi conçu : « Le jugement qui déclarera les » offres valables, ordonnera, dans le cas où la » consignation n'aurait pas encore eu lieu, que, » faute par le créancier d'avoir reçu la somme » ou la chose offerte, elle sera consignée : il » prononcera la cessation des intérêts du *jour* » *de la réalisation.* »

Ainsi, cet auteur entendait par *réalisation,* celle qui se faisait dans l'ancienne jurisprudence par la réitération des offres à l'audience avant de consigner; et comme dans le rapport sur la loi *des offres de payement et de la consignation,* fait au tribunat par M. Tarrible, il fut dit que la réalisation dont parle cet article est celle du dépôt, et qu'il faut appliquer l'article 1259 du Code civil, M. Pigeau (* v° *Offres*) a soutenu que c'était une erreur; que le mot *réalisation* ne signifie point ici *consignation.* A l'appui de son opinion, il donne quelques raisons qui ne sont pas d'un très-grand poids, et qui ont été complétement réfutées par M. Delvincourt (t. 3, p. 551), dans son *Cours de Code civil,* et par M. Carré dans son *Analyse raisonnée de la procédure civile,* sur cet article 816. Il en est une décisive, c'est que tant que le débiteur a les deniers dans sa main, ils lui servent ou peuvent lui servir, par conséquent les intérêts ne doivent point cesser. Il a un moyen tout simple de prouver que la somme lui est inutile, c'est de la consigner aussitôt. Mais précisément comme cet article, tout en ordonnant que la consignation aura lieu, ne fixe pas de délai à cet effet, et qu'ainsi le débiteur peut garder indéfiniment les deniers par devers lui, il ne serait pas juste qu'il s'en servît ou pût s'en servir, et cependant qu'il fût affranchi des intérêts avant de s'en être dessaisi. Le mot *réalisation* doit, au contraire, être entendu de la réalisation à la caisse des consignations; et si les commissaires rédacteurs l'ont entendu autrement, ç'a été par une préoccupation de l'ancienne jurisprudence; mais la loi n'a pas été discutée et adoptée en ce sens. Le Code de procédure ne doit pas être présumé déroger au Code civil; il faut qu'une dérogation y soit claire et positive, pour qu'on puisse raisonnablement prétendre qu'elle existe; or, c'est ce qui n'a pas lieu dans l'espèce (1).

(1) * Bordeaux, 16 janvier 1833. (Sirey, 33, 180.)

224. Nous ne pensons pas non plus, avec le même auteur, que, bien que le créancier accepte les offres qui lui sont faites par l'huissier, il doit supporter les frais dus pour le transport de cet officier ministériel et pour le procès-verbal qu'il dresse, même dans ce cas, en conformité des articles 812 et 813 du Code de procédure, et que l'huissier a le droit de retrancher ces frais de la somme offerte. M. Pigeau fondait sa décision sur ce que, disait-il, il y a lieu de présumer que le créancier a d'abord demandé son payement à l'amiable, et que le débiteur, par impuissance ou mauvaise volonté, le lui a refusé. D'abord cette présomption n'est point écrite dans la loi, et il peut souvent arriver qu'un débiteur, par mauvaise humeur ou par malice, envoie faire le payement de sa dette par huissier, au lieu de le faire par lui-même, ou d'attendre que le créancier se présente pour le recevoir. Celui-ci serait donc bien fondé à se refuser de recevoir la somme ainsi réduite du montant de ces frais, et l'huissier devrait, sur sa réquisition, mentionner dans son procès-verbal la cause du refus. L'opinion de M. Pigeau, qui, au surplus, n'est pas ordinairement suivie dans la pratique, ne devrait être admise qu'autant qu'il serait prouvé, par des lettres ou autrement, que le débiteur a affectivement offert d'abord au créancier le payement de tout ce qui était dû, sans y mettre de condition qu'il n'eût pas le droit d'imposer.

225. De même, nous ne sommes pas de l'avis de ceux (1) qui pensent que la libération du débiteur date du jour des offres, ni de ceux (2) qui disent qu'elle ne date que du jour de la signification du procès-verbal du dépôt, et que jusque-là la somme ou la chose est aux risques du débiteur. Elle date, selon nous, du jour du dépôt, qui est celui où cessent les intérêts. (Article 1258-2°.)

Ceux qui pensent qu'elle a lieu du jour des offres, se fondent sur ce que l'art. 1257 dit que les offres réelles, suivies de la consignation, libèrent le débiteur. Ce sont donc, disent-ils, les offres qui libèrent, pourvu qu'elles soient suivies de la consignation; or, cette conditior accomplie a un effet rétroactif au jour des offres (Art. 1179.) Et à l'objection tirée de ce que le intérêts ne cessent cependant que du jour di dépôt, et qu'il serait contre tous les principe qu'une dette éteinte continuât à produire encor des intérêts, ils répondent que c'est en effe une anomalie dans la loi. Mais nous croyons nous, qu'il n'y a pas d'anomalie, et que l'article 1257 ne veut pas dire autre chose, si c n'est que les offres réelles, *avec* la consignation, libèrent le débiteur; et comme la consignation ne peut se faire en même temps que le offres, qu'elle ne peut que les *suivre*, l'on rédigé l'article dans le sens d'un ordre de temps et non dans le sens d'une simple condition ave effet rétroactif.

Quant à ceux qui pensent que la libératio ne date que du jour de la signification de l'act de dépôt, et qui décident en conséquence que jusque-là, la somme ou la chose due est au risques du débiteur, ils se fondent sur ce qu l'art. 1259 exige quatre conditions pour la validité de la consignation, dont l'une est la signification de l'acte de dépôt : donc, disent-ils tant que cette signification n'est pas faite, l consignation n'est pas complète, n'est pas valable, et le débiteur n'est pas libéré. Pe importe que les intérêts cessent de courir d jour du dépôt, car, *stricto jure,* ils devraien cesser du jour des offres, puisque c'est de c jour que le créancier est en demeure de recevoir; et si on les fait courir jusqu'au jour d dépôt, c'est parce que c'est de ce jour qu'il es certain que le débiteur ne retire plus aucu profit de la somme ou de la chose offerte; mai cela n'empêche pas qu'il ne doive être libér que du jour seulement de la signification d procès-verbal; car, comme cette significatio n'a lieu que lorsque le créancier a fait défau lors du dépôt, ce n'est que du jour où elle a ét faite qu'il a été légalement instruit que le dépôt a eu effectivement lieu, et qu'il a été mis e demeure de le retirer.

Cependant le même auteur (3) dit dans un note précédente « que les offres seules consti-

(1) M. Toullier, nos 221 à 230.
(2) M. Delvincourt, 5, 351.
(3) M. Delvincourt, 5, 352.

tuent le créancier en demeure dans le sens qu'elles ont pour effet de libérer le débiteur de toutes les obligations secondaires qu'il aurait pu contracter pour le cas d'inexécution de l'obligation principale dans un délai prescrit, telles que la clause pénale, etc., *et de faire supporter au créancier la perte occasionnée par la diminution des espèces offertes, survenue dans l'intervalle des offres à la consignation.* »

Il nous semble qu'il y a contradiction entre cette proposition et la précédente, qui laisse aux risques du débiteur la somme ou la chose déjà consignée, tant que le procès-verbal de consignation n'a pas été signifié au créancier. Quoi qu'il en soit, il est plus vrai de dire que c'est la consignation qui libère le débiteur, pourvu que les conditions et formalités voulues par la loi soient remplies ; or, l'une de ces conditions, la signification de l'acte de dépôt, a et doit avoir un effet rétroactif, parce que, dans ce cas, le débiteur est dessaisi de la chose par le dépôt. C'est la véritable raison qui fait cesser le cours des intérêts à partir de ce jour. Ceux que paye la caisse des consignations courent au profit du créancier dans le cas où les offres ne seraient point retirées : donc, dans cette hypothèse, la somme est censée lui appartenir du jour de la consignation, et par conséquent les risques le concernent dès ce jour même.

Et si l'on disait que la loi ne fixant pas de délai pour faire la signification de l'acte de dépôt, le débiteur pourrait ne la faire que lorsque quelque événement aurait déprécié ou même fait périr la somme ou la chose consignée, et qu'ainsi tout l'avantage serait de son côté, nous répondrions que le créancier peut demander son payement, et alors le débiteur sera bien forcé, s'il veut utiliser ses offres, de faire cette signification. Si le créancier est censé ignorer la consignation, il ne peut pas dire également qu'il ignore les offres. D'ailleurs il n'est pas vraisemblable qu'un débiteur qui veut se libérer, puisqu'il fait des offres, mettra une lenteur calculée à faire signifier l'acte de dépôt de ces mêmes offres.

Nous irons plus loin ; nous soutenons même que si l'huissier (et le cas est arrivé), après avoir fait au créancier des offres suffisantes pour éteindre entièrement la dette, capital, intérêts et frais, était dépouillé par des voleurs en s'en retournant de chez ce dernier pour aller chez lui ou à la caisse des consignations ; nous soutenons, disons-nous, que le débiteur pourrait se faire, du refus injuste du créancier, une exception pour repousser sa demande, en supposant qu'il n'y eût aucune faute à reprocher à l'huissier. Car, tout fait quelconque de l'homme qui cause du préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (art. 1382) ; or, l'on ne peut nier que l'injuste refus du créancier de recevoir le payement de sa créance, est ce qui a causé ce dommage. Le débiteur ne serait sans doute pas libéré de plein droit, puisqu'il n'y a pas eu de consignation, mais il devrait l'être *exceptionis ope*, en vertu du principe général ci-dessus.

226. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables (art. 1260), mais ceux du payement, tels que le droit proportionnel pour quittance, n'en restent pas moins à la charge du débiteur, puisqu'il aurait dû aussi supporter ces frais dans le cas où n'y aurait pas eu d'offres réelles. (Article 1248.)

227. Le débiteur n'est point obligé de faire juger la validité de sa consignation dans un délai déterminé ; il peut attendre que le créancier l'attaque ; alors la question de validité s'engagera, et si elle est jugée en faveur du débiteur, la demande sera écartée comme elle le serait par la justification d'un payement proprement dit. Dans le cas contraire, la somme ou la chose consignée sera restée à ses risques et périls, c'est lui qui supportera les frais des offres, et les intérêts n'auront pas cessé de courir, sauf à lui à opposer ensuite la prescription pour ceux qui seraient échus depuis plus de cinq ans. (Art. 2277). Mais pour sa tranquillité, il doit faire juger au plus tôt la validité de sa consignation, d'autant mieux que la preuve de tel ou tel payement fait par à-compte avant les offres, pourrait venir à périr avec le temps.

228. La consignation volontaire ou ordonnée par justice est toujours faite à la charge des oppositions, s'il en existe, et en les dénonçant au créancier. (Art. 817, Code de procéd.)

229. La consignation n'est point un payement proprement dit, car le payement renferme essentiellement la translation de la propriété de la chose payée en la personne du créancier : or, dit Pothier (1), le créancier n'a point acquis cette propriété tant qu'il n'a point agréé les offres ou la consignation, parce que *dominium non acquiritur, nisi corpore et animo* (2). Aussi l'art. 1261 porte-t-il que « tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, » le débiteur peut la retirer; et s'il la retire, » ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point » libérés. »

230. Par la même raison, les priviléges et les hypothèques subsistent toujours. C'est lui qui supporte les frais, et les intérêts n'ont pas cessé de courir.

231. Le débiteur peut aussi retirer sa consignation dans le cas même où les espèces auraient augmenté de valeur, attendu que c'est encore sa chose : la disposition de l'article est absolue. En vain dirait-on que, puisque les risques étaient à la charge du créancier, il est juste que l'avantage lui profite; c'est sa faute de n'avoir pas accepté les offres. Pothier était d'un avis contraire, parce que, disait-il, « le » débiteur ne peut pas être recevable à arguer » de nullité sa propre procédure. » Mais cette raison est sans force; le débiteur n'argue pas de nullité sa procédure; il retire sa consignation parce que c'est encore sa chose; et si la loi ne l'eût vu ainsi, elle ne lui eût pas permis de la retirer au préjudice de ses codébiteurs, et surtout de ses cautions.

232. Les codébiteurs ou cautions ne pourraient même, en cette seule qualité, s'opposer à ce que le débiteur la retirât; car l'effet de la consignation est réellement conditionnel; les codébiteurs ou les cautions n'ont point encore acquis leur libération par elle, puisque le débiteur n'a point acquis la sienne : c'est encore la chose de ce dernier; et de même qu'une caution ne peut, de sa propre autorité, employer telle ou telle chose du débiteur pour payer la dette, de même elle ne peut, malgré lui, pour acquérir sa libération, faire servir la somme ou la chose consignée.

Cependant M. Pigeau a écrit le contraire. « Si, dit-il, les codébiteurs ou les cautions » craignent que le débiteur ne paye pas, ils » peuvent s'opposer à la reprise de la somme, » *pour maintenir la libération opérée par la* » *consignation.* » Nous croyons que c'est là une erreur de principe; car il est bien évident que la consignation n'a point opéré la libération, puisque autrement le débiteur ne pourrait la retirer au préjudice de ses codébiteurs et de ses cautions. Il n'y aurait pas besoin, pour l'en empêcher, d'une opposition de leur part, la loi elle-même s'y opposerait, comme elle s'y oppose lorsque la consignation a été acceptée par le créancier, ou déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée. En réalité, la consignation n'a que des effets conditionnels, subordonnés aux cas où le débiteur ne la retirera pas avant qu'elle soit acceptée ou jugée valable. La caution n'est point créancière tant qu'elle n'a pas payé la dette; qu'elle poursuive sa décharge, si elle en a le droit, soit; mais elle ne peut disposer arbitrairement de la chose du débiteur. A plus forte raison cela est-il vrai à l'égard des codébiteurs solidaires.

233. Mais lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer cette consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions (art. 1262), ni, par la même raison, pour faire revivre les priviléges et les hypothèques; car ce jugement équivaut à une acceptation du créancier, *quia judicio quoque contrahimus.*

(1) *Des obligations*, n° 575.

(2) Cela est plus spécialement vrai quant à la *possession;* mais l'on peut dire *dominium invito non adquiritur.*

234. Ainsi le créancier qui a consenti que le ébiteur retirât sa consignation après qu'elle a é déclarée valable par un jugement qui a quis force de chose jugée, ne peut plus, pour payement de sa créance, exercer les privi- ges ou hypothèques qui y étaient attachés : n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte ar lequel il a consenti que la consignation fût etirée aura été revêtu des formes requises our emporter hypothèque. (Art. 1263.) Par onséquent, il faudrait un consentement à cet ffet dans l'acte ou dans un acte postérieur, et ne nouvelle inscription.

Il en serait de même, et par le même motif, le créancier avait d'abord accepté la consi- nation, avant de consentir à son retirement.

235. Enfin, après que le débiteur a lui-même btenu un jugement passé en force de chose gée qui a déclaré sa consignation valable, ce gement équipolle tellement à une acceptation e la consignation par le créancier, que le dé- iteur ne peut plus la retirer sans le consen- ement de ce dernier, quoiqu'il n'y eût ni codé- iteur, ni caution, ni privilége, ni hypothèque : out est consommé, et l'action de dépôt appar- ent maintenant au créancier seul. En sorte ue si, dans l'ignorance du jugement, le consi- nataire avait remis la somme ou la chose au ébiteur, le créancier serait en droit de se la ire restituer par ce dernier.

236. Mais qu'entend-on dans ces articles par *n jugement passé en force de chose jugée*, par *n jugement qui a acquis force de chose jugée?*

Sans doute un jugement contradictoire rendu n premier ressort, et signifié, est exécutoire, près la huitaine du jour où il a été rendu art. 450, Code de procéd.), tant qu'il n'en est as interjeté appel; mais cela ne fait pas que e jugement doive être considéré comme passé n force de chose jugée par cela seul qu'il n'en st point encore appelé; il n'aura la force de chose jugée que par l'acquiescement de la artie condamnée, ou par l'expiration du délai 'appel sans appel, ou par la conformation sur ppel. C'est bien certainement en ce sens que s art. 1350-3° et 1351 entendent *l'autorité e la chose jugée*, ou, en d'autres termes, un jugement passé en force de chose jugée, un jugement ayant acquis force de chose jugée. On l'entend de la même manière dans l'art. 2056, qui porte que la transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle; mais que si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction sera valable. Et pourquoi dans ce cas est-elle valable? C'est évidemment parce que le jugement, alors susceptible d'appel n'était point passé en force de chose jugée, autrement il y aurait contradiction entre les deux dispositions. C'est aussi dans le même sens que l'on entend *un jugement passé en force de chose jugée* dans l'art 800 du Code, et dans l'art. 874 du Code de procédure.

Si ces art. 1262 et 1263 eussent porté simplement que le débiteur ne pourrait plus retirer sa consignation après avoir obtenu lui-même un jugement qui l'aurait déclaré valable, ainsi qu'il est dit dans l'art 1211, que, lorsqu'il est intervenu *un jugement de condamnation*, la demande formée contre l'un des débiteurs solidaires *pour sa part*, le décharge de la solidarité, on eût été porté à penser qu'en effet un jugement en premier ressort qui aurait déclaré les offres et la consignation bonnes et valables, devait, comme un jugement en dernier ressort, faire obstacle à ce que le débiteur retirât sa consignation au préjudice de ses codébiteurs et de ses cautions; car comme celui qui a obtenu un jugement qui lui adjuge entièrement ses conclusions n'a aucun motif d'en appeler, que ce jugement est à son égard comme s'il était rendu en dernier ressort, on eût dû croire que le débiteur qui se trouve dans le même cas, n'a plus le droit de retirer sa consignation, que tout est consommé si le créancier lui-même ne fait pas réformer le jugement de validité. Mais ces articles parlent, au contraire, positivement d'un *jugement passé en force de chose jugée*, d'un *jugement qui a acquis force de chose jugée*, et un simple jugement sujet à l'opposition ou à l'appel n'a point cette qualité : d'où nous concluons qu'en effet, tant que celui qu'a obtenu le débiteur ne l'a pas acquise, il ne fait point obstacle à ce que ce débiteur retire sa consignation, même avec

cet effet que les codébiteurs et les cautions ne seront point libérés, ni les priviléges et les hypothèques éteints. On a probablement pensé que tant que le créancier pouvait former opposition au jugement, ou en interjeter appel, le contrat judiciaire n'était point encore complétement formé, et en conséquence, que la somme ou la chose consignée appartenait encore au débiteur; or, si elle lui appartient encore, il peut la reprendre sans que ses codébiteurs ou cautions puissent s'en plaindre, puisqu'il ne leur retire aucun droit acquis, leur libération n'ayant pas eu lieu dès que la sienne ne s'est point définitivement opérée.

237. Et du principe que tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier ou déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée, le débiteur peut la retirer, parce qu'il est encore propriétaire des deniers ou de la chose consignée, l'on doit aussi tirer la conséquence que ses autres créanciers peuvent former opposition entre les mains du consignataire, attendu que tout créancier peut saisir-arrêter entre les mains d'un tiers, les choses appartenant ou dues à son débiteur, et que les créanciers peuvent faire par voie d'opposition ce que leur débiteur peut faire par voie de reprise. Le montant de la consignation se distribuerait entre les saisissants ou opposants, comme dans les cas ordinaires.

238. L'acceptation de la consignation que ferait le créancier depuis ces oppositions, quoique avant la distribution des deniers faite à l'amiable, ou avant la clôture du procès-verbal du juge-commissaire chargé de présider à la distribution judiciaire, ne les rendrait point inefficaces; seulement, si le créancier voyait que la solvabilité du débiteur est devenue douteuse, il pourrait se rendre aussi opposant comme les autres créanciers, et venir avec eux à la distribution, par contribution; mais il n'aurait que ce droit uniquement. Ce serait sa faute de n'avoir pas accepté la consignation avant les oppositions, ou de n'avoir pas formé sa demande en nullité des offres, et en payement de sa créance, s'il les jugeait insuffisantes.

239. Ses propres créanciers peuvent aussi former opposition à la consignation, laquelle est même toujours faite à la charge des oppositions, soit qu'elle ait eu lieu sans jugement ou en vertu de jugement. (Art. 817, Code de procéd.) Mais à cet égard il faut distinguer.

Si les oppositions ont eu lieu avant celles qu'auraient faites des créanciers du débiteur, elles doivent être acquittées par préférence à ces dernières, attendu qu'elles valent, jusqu'à concurrence de leur montant, acceptation de la consignation par le créancier à qui les offres ont été faites, parce que ceux qui les ont formées exercent les droits de leur débiteur, conformément à l'art. 1166.

Mais si elles ont eu lieu après celles faites par des créanciers du débiteur, elles viennent par concurrence avec celles formées par ces derniers; et, quel que soit leur montant, elles ne peuvent représenter, dans la distribution des deniers, que celui de la créance pour laquelle les offres ont été faites, puisque ce n'est que du chef du créancier que ces mêmes oppositions ont eu lieu, et en exercice de ses droits.

Que si les unes étaient antérieures et d'autres postérieures à celles formées par les créanciers du débiteur, le montant des premières serait prélevé sur celui de la consignation, pour être joint à ce qui reviendrait, dans la distribution du surplus, aux opposants du chef du créancier; et la somme provenant de ces deux opérations serait distribuée entre les divers créanciers du créancier selon les règles ordinaires.

240. Enfin, toujours du principe que, tant que la consignation n'a pas été acceptée par le créancier ou déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée, la somme ou la chose consignée appartient encore au débiteur, nous tirons aussi la conséquence que s'il tombait en faillite avant cette acceptation ou ce jugement, le créancier ne pourrait plus accepter les offres à l'exclusion des autres créanciers du failli. Le pacte ne pourrait plus se former, parce que le débiteur, dès sa faillite, est dessaisi de l'administration de ses biens (art. 442 Code de comm.); or, jusqu'à l'acceptation o

in jugement passé en force de chose jugée, le payement n'était point parfait; il n'y avait qu'offre de payement, quoiqu'il y eût consignation, et telle est la raison pour laquelle le débiteur pouvait la retirer, de manière même que ses codébiteurs et ses cautions n'auraient pas été libérés; il pouvait même, comme nous l'avons dit, retirer les objets nonobstant l'opposition de ses codébiteurs et même de ses cautions. En un mot, la consignation n'avait que des effets conditionnels. Le créancier alléguerait en vain que les risques étaient à sa charge; cela ne faisait pas que les objets fussent devenus sa propriété, puisqu'il n'a pas voulu les acquérir : la règle *res perit domino* souffre bien d'autres exceptions. Les risques étaient à sa charge, uniquement par la raison que son injuste refus de recevoir ce qui lui était dû ne devait pas tourner au détriment du débiteur. Et vainement aussi dirait-il qu'ayant eu le droit de prendre les deniers à la caisse des consignations, la faillite du débiteur, qui est un événement qui lui est étranger, n'a pas dû le lui enlever; on lui répondrait que si les créanciers du débiteur avaient formé opposition à la consignation, leurs oppositions n'auraient pas été rendues inefficaces par l'acceptation des offres faites postérieurement : or la faillite du débiteur tient lieu d'opposition de la part de ses créanciers, puisque depuis qu'elle a eu lieu il n'a pu payer, étant dessaisi de l'administration de ses biens. La cour de cassation, par arrêt du 12 février 1811 (1), a en effet décidé, comme nous le faisons, que l'état de faillite opère une saisie au profit de la masse des créanciers, et en conséquence que le débiteur du failli pour une dette commerciale non échue au moment de la faillite, et en même temps créancier du failli, ne pouvait, pour se dispenser de payer sa dette, faire valoir la compensation à raison de sa créance; qu'au contraire, il devait payer sa dette, et réclamer comme tout autre créancier le payement de sa créance; que bien que la compensation s'opère de plein droit (art. 1290), et que la faillite rende les dettes exigibles (art. 1188), néanmoins, dans l'espèce, la compensation n'avait pu avoir lieu, parce qu'elle est supposée un payement, et que le payement d'une dette commerciale non échue eût été sujet à rapport s'il eût été fait dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite (art. 446, Code de comm.), ce qui ne permet pas de supposer que la loi l'ait fait elle-même; que loin de là, elle a saisi la dette dans l'intérêt de la masse, et un débiteur ne peut pas opposer aux saisissants la compensation à raison d'une créance qui n'était point compensable au moment de la saisie. (Art. 1298.) Ainsi, le créancier a accepté trop tard la consignation; le produit s'en distribuera comme celui des autres biens du débiteur.

(1) *Journal de la jurisprudence du Code civil*, tome XVI, page 265. Nous citons plus loin cet arrêt à la section *de la Compensation*.

§ V.

De la cession de biens.

SOMMAIRE.

241. *La cession de biens est de deux sortes : la cession volontaire et la cession judiciaire.*
242. *Les effets de la cession volontaire sont déterminés par le contrat.*
243. *Les commerçants faillis ont le privilége de pouvoir faire un concordat, mais les non-commerçants ne peuvent, dans l'état actuel de la législation, opposer un traité à tel ou tel de leurs créanciers qu'autant qu'il y a adhéré; conséquences.*
244. *Une simple cession de biens volontaire peut être faite par tout débiteur; elle ne confère pas la propriété aux créanciers, mais seulement le droit de faire vendre les biens.*
245. *Elle peut toutefois être translative de propriété; alors elle a les effets généraux de la dation en payement : conséquences.*
246. *Pour être une cession de biens proprement dite, la cession doit être de tous les biens, à l'exception néanmoins des choses insaisissables, et être faite au profit de tous les créanciers.*
247. *Le débiteur est libéré de ses dettes existantes, sauf l'effet des réserves stipulées dans le traité.*

248. *Les codébiteurs solidaires profitent de la remise faite par un traité autre qu'un concordat proprement dit, sauf les réserves du créancier contre eux.*

249. *La caution en profite également, excepté aussi le cas d'un concordat, et l'effet des réserves spéciales contre elle.*

250. *Quelle est la cession judiciaire.*

251. *Elle est assez rare parmi les non-commerçants.*

252. *Elle ne peut être refusée par les créanciers que dans les cas prévus par la loi.*

253. *Elle ne confère point non plus la propriété des biens aux créanciers, mais seulement le droit de les faire vendre pour être payés sur leur produit.*

254. *Elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés.*

255. *Elle opère seulement la décharge de la contrainte par corps.*

256. *Elle n'empêche point un créancier de poursuivre les codébiteurs solidaires, pour toute la dette, tant qu'il n'est pas réellement payé pour une partie.*

257. *Il en est de même quant à la caution, sauf pour celle-ci l'exercice du bénéfice de discussion, s'il y a lieu, et à la charge d'en remplir les conditions.*

258. *Dans la cession judiciaire aussi, le débiteur n'est point obligé d'abandonner les choses qui sont indispensables à son existence.*

259. *Les tribunaux peuvent même lui accorder quelque chose à titre de secours, comme la loi les autorise à le faire au profit des commerçants faillis.*

260. *Pour être admis au bénéfice de la cession judiciaire, le débiteur doit prouver qu'il est malheureux et de bonne foi.*

261. *Formalités qu'il doit remplir.*

262. *Il doit se pourvoir devant le tribunal de son domicile.*

263. *Et c'est devant le tribunal civil, quand la contrainte n'a point été prononcée par un tribunal de commerce; et la demande est sujette à communication au ministère public.*

264. *Quand le débiteur est commerçant, la cession doit être faite devant le tribunal de commerce.*

265. *La demande à fin de cession ne suspend pas l'effet des poursuites, sauf aux juges à ordonner le sursis.*

266. *Comment on procède lorsque le débiteur est détenu.*

267. *Formalités à remplir pour donner la publicité à la cession.*

268. *Le jugement qui admet le débiteur au bénéfice de cession vaut pouvoir aux créanciers à l'effet de faire vendre les biens.*

269. *Effets de la cession judiciaire contre le débiteur.*

270. *Quels sont ceux qui ne peuvent invoquer le bénéfice de cession.*

271. *Observations quant aux dépositaires.*

272. *Remarque aussi sur les cas de vol ou d'escroquerie.*

241. La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il est hors d'état de payer ses dettes. (Art. 1265.)

Il en est de deux sortes : la cession de biens volontaire, et la cession judiciaire. (Art. 1266.) Nous traiterons de chacune séparément, parce que les effets ne sont pas les mêmes en tout point.

Art. Ier.

De la cession de biens volontaire.

242. La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur. (Art. 1267.)

Elle doit être acceptée par tous les créanciers; mais il n'est pas de rigueur qu'ils soient réunis à cet effet et que ce soit séance tenante, ainsi que cela est exigé pour les concordats. (Article 522, Code de commerce.)

243. La majorité des créanciers d'un commerçant failli, réunissant les trois quarts des créances vérifiées, peut, en se conformant aux dispositions du Code de commerce à cet égard,

faire avec le débiteur un *concordat* ou traité obligatoire aussi pour la minorité (1), par lequel ils lui accordent des délais et même une réduction du montant des créances. Mais, comme nous l'avons dit au tome précédent, n° 226, ce droit n'est établi par les lois nouvelles qu'en faveur des commerçants; aucune disposition du Code civil ne le consacre, et celles du Code de commerce ne sont évidemment relatives qu'à ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle. Exposés à plus de chances que les autres citoyens, et soumis à la contrainte par corps à raison des actes de leur profession, la loi a cru devoir leur accorder une protection spéciale contre l'exercice de cette contrainte, et en même temps leur offrir le moyen de rester à la tête de leurs affaires pour les rétablir par des opérations plus heureuses, ce qui peut même être plus avantageux pour les créanciers que si, par le refus de quelques-uns d'entre eux, de consentir à l'arrangement, ils étaient réduits à faire vendre les biens du failli, dont le produit pourrait être consommé par les frais. Quoi qu'il en soit, c'est un droit exorbitant, et en admettant que les raisons fussent les mêmes pour l'étendre aux non-commerçants, ainsi que cela avait lieu dans l'ancienne jurisprudence, comme le Code civil ne le consacre pas, il faut tenir qu'il ne s'applique point à ceux qui ne sont pas commerçants de profession.

De là, si l'un ou plusieurs des créanciers d'un non-commerçant ne veulent pas accepter la cession que celui-ci offre de faire de ses biens pour être libéré de ses dettes existantes, et que la majorité des créanciers a cependant acceptée, ceux qui n'y ont point adhéré peuvent la repousser si on la leur oppose, et poursuivre leur payement sur les biens abandonnés.

Et dans le cas même où la cession serait avec transport de propriété des biens abandonnés, au profit des créanciers qui l'ont acceptée, cas dans lequel elle aurait plutôt les caractères d'une dation en payement que ceux d'une cession de biens proprement dite, les créanciers qui n'ont pas voulu l'accepter pourraient l'attaquer comme faisant fraude à leurs droits (art. 1167), quoiqu'en général une dation en payement faite à un créancier ne puisse être attaquée par les autres, sauf leurs droits d'hypothèque sur les biens donnés en payement, s'ils en ont; car cet abandon de tous les biens à quelques-uns des créanciers seulement, ou même au plus grand nombre, lèse évidemment les droits des autres, qui ont compté et dû compter sur ces mêmes biens comme sur un gage commun pour tous. (Article 2093.)

(1) *Voyez* les art. 519 et suiv. C. comm.

244. Du reste, la cession volontaire peut avoir lieu de la part de tout débiteur, commerçant ou non, contraignable par corps ou non, apte ou non à jouir du bénéfice de la cession judiciaire, parce qu'elle n'est rien autre chose qu'un simple arrangement entre les créanciers et le débiteur.

Si elle n'est qu'un abandon pur et simple, accepté par tous les créanciers, et de tous les biens, elle ne leur en transfère point la propriété; elle leur donne seulement le droit de les faire vendre pour être payés sur le prix. Aussi n'est-elle point sujette au droit proportionnel, mais bien à un simple droit fixe de 5 fr. (Art. 264 de la loi du 22 frimiaire an VII.) Le droit proportionnel sera perçu lors de la vente faite par les créanciers en direction.

D'où il suit que les créanciers particuliers de ceux à qui l'abandon est fait, ne peuvent que saisir le prix des ventes, en sous-ordre, et non prendre hypothèque sur les biens abandonnés.

Les créanciers du débiteur sont censés constitués, par la cession, *procuratores in rem suam* pour faire vendre les biens, et en conséquence leur mandat est irrévocable, à moins toutefois que le débiteur n'ait, par quelque coup de fortune, acquis les moyens de les désintéresser complétement, auquel cas il peut empêcher la vente. Le mandat comprend tacitement cette condition résolutoire : *cessante causâ, cessat effectus.*

La vente des biens a lieu comme dans le cas de cession judiciaire, c'est-à-dire par les créanciers agissant en direction, à moins que l'acte de cession ne contienne clause contraire. (Même art. 264 et art. 1267 Code civil, combinés.)

245. Lorsque la cession est consentie aux fins que les créanciers deviennent propriétaires des biens abandonnés, alors ils peuvent, d'un commun accord, en disposer comme ils l'entendront; leurs propres créanciers peuvent même prendre inscription sur les biens abandonnés, avant que leurs débiteurs aient fait cesser leur communauté (art. 2122, 2123 et autres); sauf, dans le cas de partage, l'application des art. 883 et 1872 combinés (1).

246. L'abandon, pour être une cession de biens proprement dite, doit être de tous les biens (art. 1265); le débiteur ne doit s'en réserver aucun, si ce n'est cependant les objets qui lui sont absolument indispensables, et qui, à ce titre, sont déclarés insaisissables par les art. 581 et 592, n° 2, jusqu'au n° 8 inclusivement du Code de procédure (2). Autrement l'abandon aurait le caractère et les effets d'une dation en payement, serait, par cela même, translatif de propriété, et, comme tel, soumis au droit proportionnel, à moins cependant qu'il ne fût dit dans l'acte qu'il ne vaut en faveur des créanciers que comme procuration irrévocable à l'effet de vendre les objets abandonnés pour être payés sur le produit.

Et si le débiteur n'avait pas déclaré tous ses biens, s'il avait sciemment omis de comprendre dans l'état de son actif des effets mobiliers ou des créances de quelque valeur, les créanciers pourraient, suivant les circonstances, faire prononcer la nullité du traité pour cause de fraude, surtout si les objets non déclarés et découverts ne leur étaient pas remis.

Il faut aussi, pour que l'abandon soit une véritable cession de biens, qu'il soit fait au profit de tous les créanciers indistinctement.

247. Dans le cas d'une cession volontaire proprement dite, le débiteur ne peut plus être poursuivi pour ses dettes existantes au moment de la cession, à moins que les créanciers n'aient fait des réserves.

Mais s'ils n'en ont fait aucune, le débiteur n'est pas tenu de leur abandonner, jusqu'à concurrence de ce dont ils n'ont point été payés, les biens qu'il viendrait à acquérir par la suite. Dans les anciens principes, où les contrats de cession et d'atermoiement consentis par la majorité des créanciers réunissant la plus grande partie des sommes dues, étaient obligatoires aussi pour la minorité, dans le cas où le débiteur n'était point négociant comme dans celui où il l'était, on décidait, il est vrai, que s'il venait à acquérir de nouveaux biens par la suite, il était obligé de les abandonner à ses créanciers, jusqu'à parfait payement; et c'est ce qui a encore lieu dans le cas de la cession judiciaire. (Art. 1270.) Mais aujourd'hui que la cession volontaire n'est obligatoire que pour ceux qui l'ont acceptée, elle a, sauf les réserves, les caractères d'une remise ou décharge conventionnelle pour l'excédant de ce que les créanciers retireront des biens abandonnés. Cette décharge n'est sans doute pas, comme une remise ordinaire, consentie en vue de gratifier le débiteur; elle l'est en considération de sa position, et pour tirer le meilleur parti des créances; mais elle est toutefois moins forcée que dans le cas d'un concordat fait avec un commerçant failli, puisqu'il faut, pour que le traité soit obligatoire pour tous les créanciers, que tous y donnent leur consentement, et que rien n'empêcherait d'ailleurs ceux-ci de faire leurs réserves, la cession n'ayant que les effets résultant des stipulations même du contrat passé entre eux et le débiteur (art. 1265); d'où nous concluons qu'elle a les véritables caractères d'une remise ou décharge conventionnelle, et qu'elle doit en produire les effets.

248. C'est d'après ces motifs, que nous pensons aussi que, à la différence du cas où il s'agirait d'un concordat, les codébiteurs solidaires sont libérés par le traité, si les créanciers n'ont point réservé leurs droits contre eux; car, d'après l'art. 1285, la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que

(1) *Voyez* tome IV, nos 513 et suivants.

(2) * L'article 1265 doit être entendu en ce sens que ce bénéfice doit lui être refusé lorsque, frauduleusement et à l'insu de ses créanciers, il retient une partie de ses biens, mais non lorsqu'il demande de pouvoir retenir quelques objets et que les créanciers ne s'y refusent pas. (Gand, 26 juin 1837; J. de B., 1837, 461.)

e créancier n'ait expressément réservé ses lroits contre ces derniers; et dans ce dernier as, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la emise (1).

249. Par la même raison, et toujours hors e cas d'un concordat fait avec un commerçant ailli, l'acceptation pure et simple de la cession oar les créanciers libère les cautions, conformément à l'art. 1287. En effet, si le débiteur ie peut plus être poursuivi, c'est parce que le raité opère à son profit une remise ou décharge onventionnelle, au moyen des biens abanlonnés; or la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les autions. Mais comme le traité n'a que les effets nêmes des stipulations intervenues entre le lébiteur et ses créanciers, si ceux-ci ont fait éserve de leurs droits contre les cautions pour 'excédant des créances sur la valeur des biens bandonnés, ils peuvent encore agir contre lles, sauf aux cautions à user du bénéfice de liscussion, si elles n'y ont pas renoncé, mais à a charge pour elles d'en remplir les conditions.

ART. II.

De la cession judiciaire.

250. La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde à un débiteur malheureux et le bonne foi, auquel il est permis, pour avoir a liberté de sa personne, de faire en justice 'abandon de tous ses biens à ses créanciers, ionobstant toute stipulation contraire. (Article 1268).

251. Cette cession est d'un fréquent usage parmi les commerçants, parce qu'ils sont contraignables par corps à raison de leurs actes et faits de commerce; mais elle est fort rare parmi les non-commerçants, attendu que la contrainte par corps ne peut être prononcée contre eux que dans un très-petit nombre de cas, ainsi qu'on peut le voir au titre *de la Contrainte par corps en matière civile*, et que le bénéfice de cession leur est refusé dans la plupart de ces mêmes cas par l'art. 905 du Code de procédure. Mais un fermier, par exemple, qui s'est obligé par corps au payement des fermages, ou une caution judiciaire qui s'est soumise à la contrainte, ne sont point exclus du bénéfice de cession; et l'art. 126 du Code de procédure laissant à la prudence des juges de prononcer la contrainte pour dommages-intérêts en matière civile, au-dessus de la somme de trois cents francs, ceux contre lesquels elle a été prononcée pour cette cause peuvent aussi invoquer le bénéfice de cession, s'ils ne sont pas d'ailleurs du nombre des personnes auxquelles la loi l'a refusé.

252. Au surplus, la règle est que les créanciers ne peuvent refuser la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi. (Article 1270.) Nous verrons tout à l'heure quels sont ces cas.

253. La cession judiciaire ne confère point la propriété des biens du débiteur aux créanciers; elle leur donne seulement le droit de les faire vendre à leur profit, et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente. (Art. 1269.) Elle n'est soumise qu'au droit fixe de cinq francs. (Art. 264 de la loi du 22 frimaire an VII.)

254. Elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés; et dans le cas où ils seraient insuffisants, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'à parfait payement. (Art. 1270.)

255. Elle opère la décharge de la contrainte par corps (*ibid.*); et c'est là le seul effet qu'elle produise en faveur du débiteur (2). Elle en produit plusieurs contre lui, ainsi qu'on le verra plus bas.

256. Elle n'empêche point, par conséquent,

(1) *Voyez* ce qui a été dit sur ce cas et sur celui d'un concordat fait avec un commerçant, tome précédent, nos 225 et 226.

(2)* Celui qui a obtenu la cession judiciaire, et qui n'a pas rempli les formalités qui lui ont été imposées en vertu de la loi, ne peut prétendre être affranchi de la contrainte par corps. (Brux., 9 août 1837: J. de. B., 1839, 208.)

un créancier de poursuivre les codébiteurs solidaires pour toute la dette, tant qu'il n'est pas réellement payé pour une partie; car les poursuites dirigées contre l'un des codébiteurs n'empêchent point le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres (art. 1204), ou de différentes. Les codébiteurs poursuivis nonobstant la cession, ne pourraient pas prétendre que le créancier doit surseoir à ses poursuites contre eux jusqu'à la liquidation de ce qu'il aura à retirer des biens de celui qui a fait cession; il peut se faire payer par eux dès l'échéance de leur obligation, et ils le remplaceront, par l'effet de la subrogation, pour la part que doit supporter le codébiteur qui a fait la cession.

257. Les créanciers dont la créance est garantie par un cautionnement peuvent aussi poursuivre les cautions qui leur ont été données; mais la cession n'est point un obstacle absolu à ce que la caution qui n'a point renoncé au bénéfice de discussion puisse l'invoquer, quoiqu'elle puisse d'ailleurs en entraver plus ou moins l'exercice. La loi ne dit point que la caution est privée de ce bénéfice par cela seul que le débiteur a fait cession : les biens de celui-ci ne sont pas par là rendus litigieux, et les droits qu'ont les autres créanciers d'être payés aussi sur le produit de ces mêmes biens, diminuent seulement la somme qu'aura à retirer du dividende commun celui à qui ce bénéfice est opposé. Il peut sans doute résulter des retards de la vente faite en direction, et même des difficultés dans plus d'un cas pour connaître ce qui doit revenir au créancier sur le produit des biens indiqués, mais ce n'est point une raison suffisante pour priver la caution d'un droit que la loi lui accordait, et qu'elle ne lui a retiré par aucune de ses dispositions.

La caution prend la place du créancier pour ce qu'elle a payé, et elle vient avec les autres créanciers sur le dividende commun, mais sans pouvoir concourir avec celui qui n'a reçu d'elle qu'un payement partiel (art. 1252); c'est ce qui a été expliqué plus haut sur la subrogation.

258. Dans la cession judiciaire aussi, le débiteur n'est point obligé d'abandonner les objets qui sont indispensables au soutien de son existence, et qui, pour cette cause, sont déclarés insaisissables par les art. 581 et 592, n° 2, jusqu'au n° 8 inclusivement du Code de procédure. Il ne doit pas être contraint d'abandonner ce qu'on ne pouvait saisir sur lui.

259. Il peut même demander à ses créanciers qu'ils lui laissent quelque chose à titre de secours, et en cas de refus de leur part, les tribunaux peuvent le lui accorder. La quotité en serait réglée en proportion de l'étendue et des besoins de sa famille, de sa bonne foi, et du plus ou moins de perte qu'il ferait supporter à ses créanciers. Ce droit est réservé aux commerçants faillis par l'art. 530 du Code de commerce, et comme c'est une disposition d'humanité, il est juste de l'admettre également en matière civile (1).

260. Le débiteur qui invoque le bénéfice de la cession judiciaire doit justifier des conditions sous lesquelles la loi l'accorde aux débiteurs; or, elle ne l'accorde qu'aux débiteurs malheureux et de bonne foi. Il faut donc que celui qui invoque ce bénéfice, prouve des malheurs et sa bonne foi. La bonne foi, il est vrai, est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi, à la prouver (art. 1116 et 2268); mais cette règle n'est point applicable à celui qui avait des obligations à remplir et qui ne les a point remplies; alors c'est à lui de prouver pourquoi il ne l'a pas fait; voilà pourquoi celui qui est débiteur d'un corps certain et qui allègue pour sa libération la perte de ce corps, est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue. (Article 1302.) L'art. 1147 est conçu dans le même esprit, en disant que le débiteur doit être condamné aux dommages-intérêts en cas d'inexécution de son engagement, toutes les fois qu'il ne justifie pas que cette inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. D'ailleurs les malheurs ne se présument pas non plus; c'est donc au débiteur qui en allègue pour pouvoir jouir du bénéfice de

(1) * Rolland, v° *Cession de biens*, n°s 113, 114 et 115. — *Contrà*. Toullier, 7, n° 257; Dalloz, 20, 522, n° 7.

ession, à prouver ses allégations à cet égard; auf aux créanciers à combattre ces allégations ils ne les croient pas sincères, et s'ils craiment d'ailleurs qu'elles ne fassent quelque im-ression sur l'esprit des magistrats.

261. Le débiteur qui réclame la cession ju-ciaire est tenu, à cet effet, de déposer au effe du tribunal où la demande est portée, n bilan, ses livres, s'il en a, et ses titres tifs. (Art. 898, Code de procédure.)

262. Il doit se pourvoir devant le tribunal son domicile. (Art. 899, *ibid.*)

263. Et ce tribunal, c'est le tribunal civil uand la contrainte par corps dont veut se li-érer le débiteur a été prononcée en vertu du ode civil ou du Code de procédure, ou de toute atre loi civile; ce qui est démontré par l'arti-e 901 du Code de procédure, qui veut que le ébiteur admis au bénéfice de cession soit tenu *réitérer* sa cession en personne, et non par ocureur, ses créanciers appelés, *à l'audience tribunal de commerce* de son domicile, et s'il y en a pas, à la maison commune, un jour de ance. Or, si elle doit être réitérée au tribu-l de commerce, c'est donc parce qu'elle a dû re faite d'abord au tribunal civil.

D'ailleurs, la demande doit être communi-uée au ministère public (art. 900); ce qui ppose bien qu'elle doit être portée, quand il agit d'un non-commerçant, devant le tribunal vil, puisqu'il n'y a pas de ministère public evant les tribunaux de commerce. Enfin, l'arti-e 635-4° du Code de commerce porte que les bunaux de commerce connaîtront de la ces-on de biens faite par le failli *pour la partie i en est attribuée aux tribunaux de com-erce* par l'art. 901 du Code de procédure vile.

264. Mais quand le débiteur est commer-nt, le bilan doit être déposé au greffe du tri-nal de commerce (art. 635-1° précité), et c'est devant ce tribunal que la demande à fin de cession est formée (1). (Art. 569, *ibid.*)

265. La demande ne suspend l'effet d'aucune poursuite, sauf aux juges à ordonner, parties appelées, qu'il sera sursis provisoirement. (Article 900, Cod. de procéd.)

266. Si le débiteur est détenu, le jugement qui l'admet au bénéfice de cession ordonne son extraction, avec les précautions en tel cas requises et accoutumées, à l'effet de faire sa déclaration. (Art. 902, *ibid.*)

267. Les nom, prénoms, profession et demeure du débiteur, doivent être inscrits dans un tableau public, à ce destiné, placé dans l'auditoire du tribunal de commerce de son domicile, ou du tribunal de première instance qui en fait les fonctions, et dans le lieu des séances de la maison commune. (Art. 903, *ibid.*)

368. Le jugement qui admet le débiteur au bénéfice de cession vaut pouvoir aux créanciers, à l'effet de faire vendre ses biens, meubles et immeubles; et il est procédé pour cette vente dans les formes prescrites pour les héritiers sous bénéfice d'inventaire. (Art. 904, *ibid.*)

269. La cession de biens judiciaire, avons-nous dit, ne produit qu'un seul effet au profit du débiteur, celui de le décharger de la contrainte par corps à raison des dettes qu'il avait alors; mais elle en produit plusieurs contre lui:

1° Elle suspend l'exercice des droits politiques, lors même que le débiteur ne serait point commerçant, parce que évidemment elle l'assimile à un commerçant en état de faillite; or, d'après l'art. 5 de l'acte constitutionnel de l'an VIII, l'exercice des droits politiques ou civiques est suspendu par l'état de débiteur failli.

2° Elle rend exigibles les créances avec terme. (Art. 1188.) *Voy.* ce qui a été dit sur les dettes avec terme.

3° Si le débiteur est commerçant, il ne peut

1) Carré, sur l'art. 899, C. proc., et Pardessus, no 2803, eignent au contraire que le débiteur commerçant, t, comme le non-commerçant, porter sa demande en sion devant le tribunal civil de son domicile. Ces auteurs se fondent sur l'art. 571, C. de comm., qui semble supposer que le jugement a été rendu par un autre tribunal que le tribunal de commerce. (*V.* dans ce sens, cass., 4 novembre 1823; Dalloz, 15, 268; Sirey, 24, 76.)

se présenter à la bourse, si ce n'est après avoir obtenu sa réhabilitation. (Art. 614, Code de comm.).

4° Et, commerçant ou non au moment de la cession, celui qui l'a faite ne peut exercer la profession d'agent de change ou de courtier, s'il n'a été préalablement réhabilité. (Art. 83, *ibid.*)

270. D'après l'art. 905 du Code de procédure civile, ne sont point admis au bénéfice de cession (1) :

1° Les étrangers; car ce bénéfice est une institution du droit civil. Cependant il peut être réclamé par l'étranger appartenant à une nation avec laquelle il existerait des traités en vertu desquels les Français pourraient l'invoquer dans le pays de cet étranger. (Art. 11, Cod. civil). Il peut pareillement être réclamé par l'étranger admis par le roi à établir son domicile en France, pour y jouir des droits civils. (Art. 13.)

2° Les stellionataires; le stellionat est un genre de fraude, celui qui le commet n'est donc pas de bonne foi ; et il se pratique en vendant ou hypothéquant un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire, ou lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés (2). (Art. 2059.)

3° Les banqueroutiers frauduleux. Ainsi le banqueroutier simple peut être admis à faire cession ;

4° Les personnes condamnées pour cause de vol ou d'escroquerie ;

5° Les personnes comptables, lorsqu'elles ont été condamnées par corps, en vertu du pouvoir discrétionnaire que l'art. 126 du Code de procédure confie au tribunaux dans le cas qu'il énonce ; car autrement le comptable n'aurait pas besoin du bénéfice de cession ;

6° Les tuteurs, si pareillement la contrainte a été prononcée contre eux, en vertu de la même disposition ;

7° Les administrateurs, dans le même cas;

Et 8° Les dépositaires ; mais à leur égard il est besoin de quelques explications.

271. L'art. 2060-1° du Code civil prononce bien la contrainte par corps en matière de dépôt nécessaire, mais aucune disposition du titre *de la Contrainte par corps* ne la prononce en matière de dépôt volontaire ou ordinaire et l'art. 2063 porte que, hors les cas déterminés par les articles précédents (2059 et suiv.) ou qui pourraient l'être à l'avenir par une lo formelle, il est défendu à tout juge de prononcer la contrainte par corps.

D'un autre côté, l'art. 1945, placé sous la rubrique *du dépôt volontaire*, porte que le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession ; ce qui suppose évidemment qu'on l'a regardé comme contraignable par corps quoiqu'on n'ait pas ensuite parlé du dépositaire ordinaire ou volontaire au titre *de la contrainte par corps*.

Pour concilier le Code civil avec lui-même quant à ce point, il faut se rappeler que celu *des délits et des peines* de l'an IV, prononçait comme le fait le Code pénal actuel, ou de 1810 la contrainte par corps contre les condamnés à des restitutions et à des dommages-intérêts pour crimes ou délits, et que l'abus de confiance en matière de dépôt était, comme aujourd'hui, un délit : en sorte que la disposition du Code civil qui interdit le bénéfice de cession au dépositaire (ordinaire) infidèle, recevait son application précise, quoique le même Code n'ait point spécialement déclaré contraignable par corps le dépositaire volontaire, et qu'il ait même paru l'exempter de la contrainte en la prononçant seulement contre le dépositaire *nécessaire*.

Et depuis la publication du Code de procédure, qui autorise par son article 126-1° les juges à prononcer la contrainte, en matière civile, pour dommages-intérêts au-dessus d

(1)* Cet article n'est point limitatif : en général le bénéfice de cession doit être refusé à tout débiteur qui ne justifie point de ses malheurs et de sa bonne foi. (Aix, 30 décembre 1817; Brux., 4 février et 9 novembre 1826; Dalloz, 20, 525; Sirey, 18, 356; J. de. B., 1826, 1, 278; 1827, 1, 47; Carré, n° 3056.)

(2)* Tous les créanciers n'ont pas le droit d'opposer au demandeur à fin de cession de biens, le stellionat dont s'est rendu coupable à l'égard de l'un d'eux. (Turin 20 décembre 1812 ; Dalloz, 20, 522.)

0 fr., cet art. 1945 du Code civil recevra rfaitement son application dans les cas où les bunaux civils eux-mêmes la prononceront ectivement contre un dépositaire volontaire idèle, pour dommages-intérêts au dessus de tte somme.

Ainsi, l'art. 905 du Code de procédure, qui fuse le bénéfice de cession aux *dépositaires*, pplique évidemment au dépositaire nécesire, lequel toutefois ne peut être condamné r corps pour une somme moindre de 300 fr. rt. 2065, Cod. civ.) Il s'applique aussi au positaire volontaire infidèle condamné à des mmages-intérêts excédant la même somme; is si ce dépositaire n'a point commis d'infilité, qu'il n'y ait eu de sa part dans la garde dépôt que négligence ou faute seulement, les ges pourront bien le condamner à des domges-intérêts, mais lors même que ces domges-intérêts excéderaient 300 fr., ils ne deient pas, en général, le condamner par corps, isque la loi a évidemment voulu, quant à ce int, établir une différence entre le dépositre ordinaire non infidèle et le dépositaire néssaire. Cependant s'ils le condamnaient par rps, en vertu de la disposition générale de rt. 126 du Code de procédure déjà citée, le positaire se trouvant par là placé sous la dissition littérale de l'art. 905 du même Code, lui serait bien difficile de pouvoir réclamer bénéfice de cession.

Toutefois, si un dépositaire même nécessaire ait personnellement étranger au fait de la ustraction ou de la perte du dépôt qui a eu u chez lui; si ce dépôt n'avait été détourné n'avait péri que par le fait d'un domestique d'une autre personne, dont le dépositaire ait responsable, ce dernier, en admettant ême qu'il fût condamné par corps aux domages-intérêts excédant 300 fr., ce qui nous paîtrait au surplus bien rigoureux, ne devrait pas re privé de la faculté de faire cession de biens.

272. Il faut remarquer qu'il n'y a pas que ux qui ont la contrainte à exercer pour cause vol ou d'escroquerie qui puissent s'opposer la cession judiciaire; ceux qui ont à l'exercer ntre le même individu pour d'autres causes, euvent aussi s'opposer à ce qu'il fasse cession, quand bien même les premiers ne s'y opposeraient pas, ou auraient été désintéressés; car le fait de vol ou d'escroquerie est exclusif de la qualité de débiteur de bonne foi. Il en serait de même à l'égard d'un dépositaire infidèle et d'un stellionataire. Au lieu qu'un comptable ou un tuteur pourrait invoquer ce bénéfice vis-à-vis d'autres personnes que celles à l'égard desquelles il est tenu comme tuteur ou comptable. Si ces dernières étaient désintéressées, ou si elles ne s'opposaient pas à la cession, le débiteur pourrait donc la faire.

SECTION II.

DE LA NOVATION ET DE LA DÉLÉGATION.

§ Ier.

De la novation.

SOMMAIRE.

273. *La novation est la substitution d'une nouvelle dette à une autre, qui par là se trouve éteinte.*
274. *Elle s'opère de trois manières : texte de l'article* 1271.
275. Quid *si l'objet de la première obligation était un corps certain qui avait péri par cas fortuit au moment de la seconde convention ? distinction à faire.*
276. *Pour pouvoir faire novation d'une créance, il faut, en général, avoir le droit d'en toucher le payement dans son propre intérêt.*
277. *Un tiers simplement indiqué pour recevoir le payement n'a pas qualité pour faire novation.*
278. *Renvoi quant aux créanciers solidaires.*
279. *Les tuteurs ont, en général, qualité suffisante pour faire novation des simples obligations mobilières.*
280. *La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter ; mais les personnes capables qui ont fait novation avec un incapable, ne peuvent se prévaloir de son incapacité.*
281. *Les femmes séparées de biens peuvent faire*

novation de leurs créances mobilières, sans avoir besoin pour cela d'être autorisées, et les mineurs émancipés, ainsi que les personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire, peuvent aussi faire novation de certaines créances, sans avoir besoin d'être assistés de leur curateur ou de leur conseil.

282. *L'incapacité du nouveau débiteur n'empêche pas la libération de l'ancien, sauf les réserves faites par le créancier.*

283. *La novation ne se présume pas : il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.*

284. *Droit romain, ancien et nouveau, et ancienne jurisprudence française sur ce point.*

285. *Cas où la novation a lieu entre les mêmes parties ; il faut que quelque chose différencie la nouvelle dette de l'ancienne.*

286. *Et toute différence n'entraîne pas pour cela novation : divers exemples de changements qui ne suffisent pas pour l'opérer.*

287. *Un vendeur d'immeubles qui reçoit des billets en payement de son prix, en donnant quittance pure et simple de la vente, fait novation.*

288. *Le débiteur d'une somme, qui constitue une rente à son créancier pour cette somme, fait pareillement novation.*

289. *Mais le créancier d'une rente qui consent simplement à une réduction du taux des arrérages, pour éviter le remboursement, ne fait pas par cela seul novation de son titre.*

290. *Un commerçant qui souscrit une obligation devant notaire à un autre commerçant, pour marchandises livrées, fait-il novation? Distinction à faire.*

291. *En général, les clauses pénales n'emportent point novation.*

292. *Les dations en payement l'emportent généralement.*

293. *On peut nover toute espèce d'obligation, et même faire d'une obligation naturelle le fondement d'une obligation civile.*

294. *Des obligations susceptibles d'être annulées ou rescindées pour incapacité, violence, dol ou erreur, peuvent non-seulement être confirmées, mais encore êtr transformées en d'autres obligations régulières par la voie de la novation.*

295. *Mais cela ne peut avoir lieu à l'égard d'un obligation sans cause, ou dont la caus est immorale ou contraire à l'ordre public.*

296. *Si l'obligation actuelle est conditionnelle ou si la nouvelle obligation est elle-mêm sous condition suspensive, il faut, e général, que la condition s'accompliss pour qu'il y ait novation.*

297. *Conséquences du principe relativement la perte de la chose.*

298. *Suite quant à l'effet de la demeure en laquelle le débiteur avait été constitué lor de la seconde convention.*

299. *Modification du principe.*

300. *Autre modification.*

301. *La non échéance du terme de la dette no vée n'empêche pas la novation de s'opére de suite, mais le créancier ne peut agi qu'à l'échéance du terme mis à la second convention.*

302. *S'il n'y en a pas, le terme de la premièr dette est-il censé répété dans la se conde?*

303. *Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ai novation, que la première obligation ai précédé d'un certain temps la seconde divers exemples.*

304. *Les privilèges et hypothèques de l'ancienn créance ne passent point à la nouvelle sauf stipulation contraire, et ils ne peu vent avoir des effets plus étendus.*

305. *Comment doit être entendu l'article 128 qui porte que lorsque la novation s'opèr avec l'un des débiteurs solidaires, les hypo thèques ne peuvent être réservées que su les biens de ce débiteur, et non sur ceu des autres.*

306. *La novation opérée par la substitutio d'un nouveau débiteur n'exige pas le con sentement du débiteur déchargé.*

307. *Un créancier n'est point obligé d'accepte l'obligation d'une autre personne à l place de celle de son débiteur, quelles qu fussent d'ailleurs les sûretés que lui offri rait cette personne.*

8. *Il faut bien examiner dans quel esprit le nouveau débiteur s'est engagé.*
9. *Mais il n'est pas de rigueur que le créancier ait expressément déclaré qu'il entendait décharger l'ancien; il suffit que sa volonté à cet égard résulte clairement de l'acte.*
0. *Les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur.*
1. *Mais peuvent-ils être réservés sur les biens de l'ancien? Silence du Code à cet égard: oui, selon l'auteur, contrairement au sentiment de Pothier.*
2. *Cas de la novation opérée par la substitution d'un nouveau créancier, envers lequel s'oblige le débiteur pour être déchargé à l'égard de l'ancien.*
3. *Il faut donc le consentement du débiteur, à la différence de la cession d'action, qui, loin d'emporter novation, emporte au contraire subrogation aux priviléges, hypothèques et cautionnements.*
4. *Il y a aussi novation par changement de créancier dans la délégation faite avec décharge du délégué par le délégant.*
5. *La simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui, n'emporte point novation, ni, en général, cession d'action.*
6. *Par la novation, la dette est éteinte ainsi que les priviléges et hypothèques, sauf l'effet des réserves de ces sûretés pour la nouvelle dette.*
7. *Les codébiteurs et les cautions sont libérés, sauf aussi l'effet de la réserve de leur accession au nouvel engagement.*

Art. Ier.

qu'est la novation, et de combien de manières elle s'opère.

273. La novation est la substitution d'une ıvelle dette à une autre, qui se trouve inte au moyen de celle qui lui est substie : *Novatio enim* A NOVO *nomen accepit, et* OVA *obligatione*. (L. 1, ff. *de novat. et deleg.*) Elle s'opérait dans le droit romain par une stipulation, mais chez nous, où la formalité de la stipulation n'est point en usage, de quelque manière que se fasse la nouvelle convention, la novation a lieu si l'intention des parties à l'effet de l'opérer résulte clairement de l'acte.

274. Elle s'opère de trois manières:

1° Entre les mêmes personnes, lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte;

2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier;

3° Lorsque par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. (Article 1271.)

Dans le second cas, la novation s'opère tantôt au moyen d'une délégation, tantôt sans délégation. C'est ce que nous expliquerons plus loin.

275. Puisque la novation est la substitution d'une nouvelle dette à une précédente, il est clair que si celle-ci consistait en un corps certain qui se trouvait avoir péri par cas forfuit au moment de la seconde convention, et sans que le débiteur fût alors en demeure, il n'y aurait pas de novation, puisqu'il n'y avait plus de dette, le débiteur étant libéré par la perte de la chose arrivée sans sa faute et avant qu'il fût en demeure. (Art. 1302.)

Il en serait autrement si le débiteur avait pris sur lui les cas fortuits, ou s'il était en demeure d'exécuter la première dette lors de la seconde convention, parce qu'alors les dommages-intérêts dus pour la demeure auraient remplacé la chose qui était venue à périr.

Art. II.

Entre quelles personnes peut s'opérer la novation.

276. Pour pouvoir faire novation d'une créance, il faut, en général, avoir le droit d'en toucher le payement dans son propre intérêt, soit comme créancier, soit comme exerçant les droits du créancier, tel qu'un cessionnaire, ou

le mari à l'égard des créances de sa femme dans certains cas.

277. De là, un tiers simplement indiqué pour recevoir un payement n'a pas qualité pour faire novation de la créance (1).

278. Quant aux créanciers solidaires, *voyez* ce qui a été dit, tome précédent, n[os] 175 et suiv.

279. Pour les tuteurs, ils ont, en général, qualité pour faire novation des créances et des dettes mobilières, sauf à répondre du tort que leur faute pourrait causer aux mineurs; car le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450); il reçoit les payements sans avoir besoin d'une autorisation du conseil de famille, et la loi ne lui interdit point de faire une novation de sa propre autorité.

280. La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter. (Art. 1272.)

Mais ce principe doit se combiner avec celui que consacre l'art. 1125, qui porte que ceux qui sont capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée non autorisée, avec lesquels ils ont contracté. En sorte que si un incapable a fait novation de sa dette ou de sa créance, il pourra bien, s'il la juge désavantageuse pour lui, en demander la nullité, conformément aux règles sur l'incapacité des mineurs, des interdits et des femmes non autorisées, et en agissant, à cet égard, dans les délais fixés par l'article 1304; mais l'autre partie ne le pourra pas. Si la nullité est prononcée, les choses seront remises dans leur état primitif.

281. De plus, les femmes séparées de biens peuvent valablement, sans avoir besoin d'être autorisées, faire novation de leurs créances mobilières, parce qu'elles peuvent en recevoir le payement et en donner valable décharge, en un mot aliéner leur mobilier. (Art. 1449.)

Les mineurs émancipés et les individus pla cés sous l'assistance d'un conseil judiciair peuvent aussi, sans l'assistance du curateur o du conseil, faire valablement novation d créances dont ils peuvent toucher seuls le mon tant, comme provenant de leurs revenus : pa exemple, pour fermages ou loyers.

282. Et si un incapable s'est obligé enver le créancier à la place du débiteur, que ce der nier a déchargé, l'incapable ne sera bien ten que suivant les règles qui régissent sa personn mais le débiteur ne sera pas moins libéré; c la novation peut s'opérer aussi bien par la sul stitution d'un incapable, que par la substitu tion d'une personne capable : c'est la faute d créancier de l'avoir agréé. Aussi les lois roma nes décidaient-elles qu'elle peut s'opérer p l'obligation d'un pupille non autorisé de son tu teur. *Adeò ut interdùm, licet posterior stipul tio inutilis sit, tamen prima novationis ju tollatur; veluti, si id quod tu Titio debes, is pupillo sine tutoris auctoritate stipulatis fueri quo casu res amittitur.* § 3, Instit. *quib. mo tollit. oblig.*

Néanmoins, si le créancier avait mis à la n vation la condition qu'elle n'aurait effet qu'a tant que l'incapable ne reviendrait pas cont son engagement, la condition devrait s'acco plir pour que la novation eût lieu. (L. 8, § L. 14, ff. *de novat.*, et § 3, Inst. *hoc tit.*) Ma cette condition ne serait pas sous-entendue.

Art. III.

La novation ne se présume pas.

283. Comme la novation a pour effet d'étei dre la dette, et par cela même les privilég et hypothèques qui y sont attachés, et de lib rer les cautions, elle ne se présume point : faut que la volonté de l'opérer résulte clai ment de l'acte (2). (Art. 1273.)

(1) L. 27, *princip.* ff. *de pactis.*

(2) * Un créancier hypothécaire qui reçoit des billets à ordre, causés *valeur pour solde de compte*, n'opère pas par là novation et ne perd pas le droit d'hypothèque attaché à sa créance, s'il résulte des faits de la cause, que les parties n'ont pas voulu opérer novation. (Liég 12 décembre 1826, rec., 10, p. 31.)

Des billets causés *valeur reçue en mécaniques*, ne p vent être considérés que comme une promesse de pay et par suite n'opèrent pas novation (1271 Code civi

284. Dans le droit romain antérieur à Justi-en, on était très-facile à admettre la nova-n; mais cet empereur décida, par la loi rnière au Code, tit. *de novationibus*, que sormais il n'y aurait novation qu'autant que parties en seraient convenues expressément: *si ipsi specialiter remiserint quidem priorem ligationem, et hoc expresserint quod secun-m magis pro anterioribus elegerint.* Toutefois n ne s'est point rigoureusement attaché à la tre de cette loi, ni dans notre ancienne ju-prudence (1), ni dans le Code; on s'est con-ité d'établir en principe que la novation ne présume pas, et que l'intention de l'opérer it résulter clairement de l'acte. C'est donc un int laissé à la sagesse du juge, comme tout qui concerne l'interprétation des clauses d'un ntrat et l'intention qui les a dictées; en sorte e sa décision sur ce point pourrait bien être 'ormée en appel comme un *mal jugé*, mais e ne serait que difficilement l'objet d'une nsure de la part de la cour de cassation.

Art. IV.

t cas où la novation a lieu entre les mêmes parties.

285. Quand la novation a lieu entre les mê-s parties, il est nécessaire, pour qu'elle s'o-re, que la nouvelle dette diffère en quelque ose de la première : comme lorsque celle-ci d'un objet déterminé, et que celle-là est ernative, ou *vice versâ;* ou lorsqu'il y a quel-e chose de différent sur le lieu ou sur les retés, par exemple si la première dette est ec hypothèque, gage ou cautionnement, et que la seconde soit sans ces accessoires; *vel vice versâ* (2). Car, si la seconde convention est en tout point la même que la première (3), il est clair que ce n'est pas là une nouvelle dette, mais bien seulement la *reconnaissance* d'une dette, reconnaissance assurément fort utile, en ce qu'elle interrompt la prescription (article 2248), mais par cela même ce n'est point une novation. La reconnaissance aurait aussi ce puissant effet, que s'il s'agissait de l'une de ces dettes mentionnées dans les art. 2271, 2272 et 2273, il n'y aurait plus lieu qu'à la prescription ordinaire de trente ans, qui commencerait à courir seulement du jour de la reconnaissance. (Articles 2274 et 2262 analysés et combinés.)

La nouvelle dette, au surplus, pourrait être une seconde obligation indépendante de la première, quoiqu'elle lui fût parfaitement semblable, si elle avait sa cause ailleurs que dans celle-ci. (L. 2, ff. *de novationibus*.)

286. Mais de ce que la seconde convention contiendrait quelque chose de différent de la première, il n'en faut pas pour cela inférer novation si les parties ne s'en sont point expliquées, ou si les changements ne sont pas tellement importants qu'il soit évident que leur intention a été d'éteindre l'obligation alors existante et de lui en substituer une nouvelle (4). Si cette volonté n'apparaît pas clairement, le nouvel acte doit être considéré comme une simple reconnaissance de la première obligation, ou bien comme un acte par lequel on a voulu modifier, diminuer ou augmenter les effets de cette obligation sous quelque rapport, plutôt que comme un acte par lequel on aurait voulu l'éteindre

ux., cass., 27 février 1837, Bull. 1838, 49; Toulouse, février 1840; Sirey, 40, 126; et *V*. 37, 2, 297 et 439.)

1) D'Argentré, sur l'article 273 de l'ancienne cou-ne de Bretagne; Pothier, *des Obligations*, nº 594.

2) *Sed si eadem persona sit, à quâ posteà stipuleris, demùm novatio sit, si quid in posteriore stipulatione i sit, fortè si conditio aut dies aut fidejussor adjicia-aut detrahatur*, § 3, *Instit. de novat.*

3)* Le renouvellement d'effets échus par d'autres effets es échéances plus éloignées, n'opère pas la novation, squ'il est établi qu'il n'y a pas eu de changement dans qualité du titre ou dans la cause de la créance préexis-te, et que les nouvelles acceptations ne sont, dans tention des parties, que des actes de prorogation de terme, avec le pacte *constitutæ pecuniæ*. (Brux., 14 juin 1815; J. de B., 1815, 2, 108.)

(4) * La convention entre l'accepteur et le porteur, par laquelle celui-ci consent que le premier paye une somme moindre que celle énoncée dans la traite, ne renferme pas une novation. Cette remise pour partie de la traite profite aux endosseurs. (Brux., 18 avril 1816; J. de B., 1816, 2, 110.)

La convention sur une dette commerciale, qui en restreint la hauteur et fixe des termes de payement, avec nantissement d'une chose mobilière pour en garantir l'exécution, n'emporte point novation. (Brux., 30 juin 1818; J. de B., 1818, 2, 72.)

entièrement et lui en substituer une nouvelle.

Ainsi, en thèse générale, la convention par laquelle le créancier accorde à son débiteur un terme pour le payement, ou une prorogation du terme primitivement accordé;

Ou la faculté de payer à une autre personne que lui, lorsque cette faculté n'est qu'une simple indication;

Ou bien la simple indication d'un tiers pour payer à la place du débiteur;

Ou la simple faculté de payer une certaine chose à la place de celle qui est due;

Ou de payer une somme moindre;

Ou l'obligation consentie par le débiteur de fournir une caution, ou de donner un gage ou une hypothèque;

Ou, en sens inverse, la remise du cautionnement, de l'hypothèque ou du gage, n'est pas considérée comme opérant par elle-même novation. Dans tous ces cas, et autres semblables, les modifications, diminutions ou augmentations qu'a subies l'obligation primitive par la nouvelle convention, ne suffisent point pour la faire présumer. Il faudrait quelque chose de plus important, dit Pothier, ou bien une déclaration expresse des parties.

287. Mais lorsqu'un vendeur d'immeubles reçoit des billets en payement de son prix, et donne quittance pure et simple, il est clair qu'il fait novation de l'action *venditi;* et qu'il n'a plus de privilége comme vendeur. Il se contente de l'action résultant des billets, au cas où ils ne seraient pas acquittés. (1).

Il en serait autrement si, en recevant ces billets, il ne donnait point quittance pure et simple du prix de vente, mais seulement une quittance conditionnelle, pour le cas où les billets seraient acquittés; car la condition mise à une novation doit s'accomplir pour que la novation ait lieu. § 3, Instit. *quib. mod. toll. oblig.* Les billets, dans ce cas, seraient simplement considérés comme un mode plus avantageux au vendeur *ad pretium recipiendum, et utilitatis commercii sui causâ.*

288. La question de savoir si, lorsque par une convention entre le créancier d'une somme et le débiteur, celui-ci constitue une rente perpétuelle, il s'opère novation, a vivement été agitée jadis. Pothier soutient l'affirmative, et il explique facilement la décision de deux arrêts (2) desquels on voulait inférer le contraire; mais il garde le silence sur un autre arrêt, du 10 mai 1633, rapporté par Bardet, tome II, liv. 2, et dont Denisart fait mention, v° *Novation*, en renvoyant à l'acte de notoriété du Châtelet, du 6 octobre 1742. Il résulte de cet arrêt, dit Denisart, que l'hypothèque attachée à la première obligation subsiste toujours pour sûreté de la rente, quoiqu'il n'y ait point eu de réserve à ce sujet dans le contrat de constitution. Au lieu que Pothier. tout en convenant que le suffrage commun des auteurs est pour l'opinion qu'il n'y a pas novation, la reconnaît cependant, lors même que les parties auraient déclaré leur volonté de ne point l'opérer; parce qu'une protestation, dit-il, ne peut empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte; seulement, cette clause réserve les hypothèques, attendu qu'on peut en les réservant, les faire passer à la nouvelle convention, tout en faisant novation, ce qui a été admis par le Code civil. (Art. 1278.)

Il est évident, en effet, que, lorsque d'une dette exigible, on fait une dette non exigible pour laquelle il n'est plus dû désormais que des arrérages, on échange cette dette, on en détruit la nature. D'ailleurs, la constitution de la rente n'a pu s'opérer que par le payement fictif de la somme primitivement due, et par la restitution

(1) Persil, *Comm.*, art. 2103, § 1er, n° 6; Bourges, 6 mai 1837, 459. —* *Contrà*, Nancy, 4 janvier 1827; Sirey, 27, 2, 259; Troplong, *Hyp.*, n° 199 *bis*, et Pardessus, *Droit comm.*, n° 221, pensent que la simple dation de billets en payement n'opère pas novation, et que l'effet libératoire d'un tel payement est toujours subordonné à la condition de l'*encaissement*.

Jugé de même qu'il n'y a pas novation pour le cas où le prix est payé en billets à ordre causés *valeur reçue comptant*. (Liége, 15 février 1812; Rec. de Liége, 4. 182.)

Le vendeur qui reçoit en payement du prix, des billets à ordre, causés *pour prix de vente*, n'opère pas par cela seul novation, et il doit être colloqué comme créancier privilégié. (Liége, 1er mai 1820; Rec. de Liége 8, 545.)

(2) L'un, du 13 avril 1683, qui se trouve dans le *Journal du Palais*, tome II, édit. *in-folio;* et l'autre du 5 septembre 1712, qui est au *Journal des audiences* tome VI.

ılement fictive de cette somme au débiteur mme prix de la rente : ces deux traditions pposées, imaginées *celeritatis causâ*, ont donc ne, éteint la première obligation, et l'autre ·vi de cause à la seconde, ce qui est bien le :actère essentiel et distinctif de la novation. pour le cas où, dans un contrat de vente d'im-ubles moyennant une somme fixe, l'acheteur blige à servir une rente à la place ou en acquit cette somme, *voy. infrà*, n° 303.

289. Le parlement de Paris a jugé, par arrêt 6 mai 1687, dont Denizart fait aussi mention mot *Novation*, que le créancier d'une rente i avait consenti la réduction du taux des ar-:ages pour éviter le remboursement autorisé · une loi, avait fait novation en ce qui con-nait le garant. Mais nous n'apercevons pas fondement d'une semblable décision ; une :ance simplement réduite, et surtout réduite cément, ne cesse pas pour cela d'être la même :ance. Dans ce système, il eût fallu, pour e conséquent, décider aussi que les hypo-ques s'étaient évanouies, comme elles s'éva-ıissent par la novation faite sans réserve, et endant il paraît que l'arrêt prononça sim-ment qu'il y avait novation quant au garant.

290. La même cour a encore jugé, par arrêts 9 mars 1736 et 5 avril 1737, rapportés pa-llement par Denizart, au même endroit, qu'il novation quand un marchand prend une obli-ion notariée d'un autre marchand auquel il :ndu des marchandises, et que les tribunaux sulaires (de commerce) sont incompétents ır connaître de la dette, lors même que le endeur a volontairement procédé devant eux. Et il avait été aussi jugé, par arrêt du 3 sep-ıbre 1716, qu'un débiteur, souscripteur de ets pour marchandises reçues, et qui depuis it passé obligation notariée de la somme due, quelle on avait joint les billets pour ne servir que d'une seule et même reconnaissance, n'était plus contraignable par corps, attendu qu'il ne devait être considéré, depuis l'obligation passée devant notaire, que comme débiteur à ce titre seulement. En sorte qu'on a vu là une renonciation à la juridiction consulaire que comportaient les billets, et par conséquent une novation.

Nous ne saurions non plus nous ranger à cette dernière décision, car, puisque le créancier, loin d'avoir annulé les billets par un *acquit*, les avait joints à l'obligation notariée, il avait bien démontré par là qu'il n'entendait point renoncer à l'action qui y était attachée. Il avait seulement voulu par cette obligation acquérir des sûretés de plus, avoir une hypothèque, que ne donnaient pas les billets; mais celui qui cherche de nouvelles sûretés dans une nouvelle convention, ne doit pas facilement être présumé avoir voulu renoncer à celles qu'il avait déjà; et, c'en était une importante, que la juridiction consulaire, qui entraînait la contrainte par corps (1).

291. Les clauses pénales n'étaient convenues que pour assurer l'exécution des obligations (art. 1226), et ne leur faisaient aucun préjudice (art. 1228); en général elles n'opèrent point novation (L. 71, ff. *pro socio*), lors même qu'elles ont été convenues après coup. (L. 122, § 2, ff. *de verb. oblig.*)

Il y a toutefois quelques exceptions à faire; comme dans le cas de la loi 44, § 6, ff. *de obligat. et act.*, que nous avons expliquée sur l'art. 1152. tome V, n° 485, et tome précédent, n°s 322 et suiv.; mais dans ce cas, ce n'est pas une véritable clause pénale.

292. Généralement la dation en payement acceptée purement et simplement par le créancier opère extinction de la créance, et substitue à l'action qui y était attachée, l'action *ex empto*,

) * Une dette originairement commerciale ne perd ce caractère par cela seul qu'elle est ensuite recon- par acte notarié, et garantie par une hypothèque.— telle reconnaissance n'opère pas novation : le débi- peut donc être condamné, en tribunal de commerce, vec contrainte par corps. (Grenoble, 17 juin 1826, y, 28, 159.) Et encore que le créancier remette au débiteur les titres commerciaux dont il était porteur..., alors surtout que, dans l'acte, il a été stipulé que les intérêts seraient servis à raison de 6 p. 100 comme pour prêt commercial. (Cass., 21 février 1826; Sirey, 28, 6.)

L'affectation hypothécaire consentie pour une dette garantie par un cautionnement n'opère pas novation. (Brux., 22 mars 1837; J. de B., 1837, 213.)

en cas d'éviction de la chose donnée en payement: aussi la caution de la première obligation est-elle libérée, nonobstant l'éviction. (Article 2038.) *Voyez,* quant au principe, et aux exceptions dont il est susceptible, ce qui a été dit plus haut sur *la dation en payement,* n° 171.

293. Quelle que soit la cause de la première dette, que cette dette existe à raison d'un prêt, d'une vente, d'une donation, ou autre cause, peu importe, elle peut être éteinte par novation, et remplacée par une autre, parce qu'elle est une cause valable de la seconde obligation. Une dette simplement naturelle peut même servir de cause suffisante à une obligation civile et ordinaire, ainsi que nous l'avons dit en parlant de la *cause* des obligations (1). Par exemple, si un débiteur qui est tombé en faillite, et auquel ses créanciers ont fait par un concordat remise de cinquante pour cent de leurs créances, s'oblige ensuite à leur payer la partie remise, cette obligation est incontestablement valable: elle a pour cause et fondement la dette naturelle qui subsistait toujours pour cette partie. Les créanciers n'auraient pu, sans doute, le poursuivre à raison de la quotité remise, lors même que ses facultés se seraient considérablement augmentées, à la différence du cas de la cession judiciaire; ils n'auraient même pu, s'ils étaient ensuite devenus ses débiteurs, lui opposer la compensation à raison de cette même quotité; seulement, pour pouvoir obtenir sa réhabilitation, le débiteur était tenu de justifier du payement intégral de toutes les sommes par lui dues en principal, intérêts et frais (art. 605, Code de comm.); mais précisément cela prouve qu'il y avait encore dette naturelle pour la partie remise.

294. Nous avons dit aussi, au même volume, n° 345, que les obligations susceptibles d'être annulées ou rescindées pour quelque vice, comme l'erreur, la violence ou le dol, ou à raison de l'incapacité de l'obligé, peuvent, par la voie de la novation, servir de cause suffisante à des obligations valables; mais, à cet égard, il faut distinguer quelle est la nature du second acte.

Si c'est simplement la même obligation, à laquelle on entend donner la force qui lui manquait, ce n'est alors qu'un acte confirmatif, et pour être valable il doit réunir les conditions et les formalités voulues par l'article 1338, ainsi que nous l'expliquerons ultérieurement.

Si, au contraire, le nouvel engagement diffère notablement du premier, soit sous le rapport de la chose promise, soit sous celui des accessoires les plus importants, de manière qu l'intention des parties d'avoir voulu faire novation de la première obligation ne soit pas douteuse, alors il y aura réellement novation quoiqu'elles n'aient point rempli ces même formalités, parce que la première dette ser considérée comme cause et fondement de l seconde, et sera éteinte au moyen de celle-ci

295. Mais une promesse qui n'a aucune caus quelconque, ou qui n'a eu qu'une cause im morale ou honteuse, ne pourrait servir de caus valable à une autre obligation par la voie d la novation; car toute novation suppose de obligations, et la promesse qui n'a aucu cause ou qui en a une contraire à la moral n'est point une obligation : aussi n'est-el pas susceptible d'être confirmée, parce q ce serait confirmer le néant ou une cho honteuse. Voyez ce que nous avons dit a tome V, sur la *cause* des obligations, n°s 371 suiv.

296. De ce que toute novation suppose u première dette, il suit que si cette dette conditionnelle, il n'y aura en principe novati qu'autant que la condition se réalisera; car condition manquant, il n'y a point de premiè obligation (art. 1168 et 1181), et par con quent point de cause au second engageme (L. 8, § 1, et L. 14, ff. *de novat.*) Comme, v *versâ,* si la seconde obligation est conditi nelle, il faut que la condition s'accompli pour qu'il y ait novation, parce que cela nécessaire pour qu'il y ait une seconde obli tion. (Mêmes lois, et § 3, *Instit. quib. mod. t oblig.*) Tel est le principe; nous allons voir

(1) Tome V, n° 330. *Voyez* aussi la L. 1, § 1, ff. *de novat.*

odifications qu'il peut subir à raison de la vonté des parties.

297. Si donc, dans le premier cas, l'objet l'obligation était un corps certain qui fût nu à périr par la faute du débiteur pendant e la condition mise à la première convention ait encore en suspens, les dommages-intéts tiendraient bien lieu de la chose, et si la ndition venait à s'accomplir ensuite, ces domges-intérêts seraient dus en vertu de la sende convention; mais si elle manquait, il n'y rait point de dette, et par conséquent point dommages-intérêts à payer.

Et si la chose périssait par cas fortuit, comme débiteur serait libéré de la première obligan par cet événement, lors même que la contion viendrait ensuite à s'accomplir, car il ne ut y avoir de dette sans un objet, ou pour eux dire, comme il n'y aurait pas eu d'oblition faute d'objet, il n'y aurait point non plus novation, et par cela même rien à payer en rtu du second engagement, pas plus qu'en rtu du premier.

298. Dans la seconde hypothèse, d'une dette re novée sous une condition, si le débiteur ait en demeure d'exécuter la première conntion, la demeure serait purgée par la sende, lors même que l'objet de l'une et de utre conventions serait venu à périr pendant e la condition mise à la seconde obligation ait en suspens, ce qui aurait cependant emché que la novation ne se réalisât. Car, dit le risconsulte Marcellus, dans la loi 72, § 1, *de solut.*, il serait absurde de ne pas regarr comme ayant purgé la demeure, celui qui promis la chose depuis qu'il était en demeure. doit être assimilé à celui qui, étant d'abord demeure, a ensuite offert la chose. Il paraît ıtefois que Venuleïus était d'un sentiment ntraire, comme on peut le voir dans la loi 31, *incip.*, ff. *de novat.*

A plus forte raison, si la seconde convention ait pareillement pure et simple, la demeure laquelle était constitué le débiteur d'exécu- la première a-t-elle été purgée par la noulle; en sorte que les cas fortuits qui étaient sa charge par l'effet de sa demeure, ont été mis à la charge du créancier par l'effet de cette dernière convention. (L. 8, *princip.*, ff. *hoc tit.*)

299. Nous venons de dire que, lorsque l'on a substitué à une dette pure une obligation sous condition, il n'y a novation qu'autant que la condition vient à s'accomplir, et par conséquent que le débiteur n'est libéré de son premier engagement qu'autant que l'événement se réalise; toutefois, quant à la libération du débiteur, elle pourra résulter, sinon d'une novation proprement dite, du moins d'une remise tacite, dans le cas, au contraire, où la condition ne s'accomplirait pas. Gaïus le décide ainsi dans ses Institutes nouvellement découvertes; mais cela doit être entendu du cas où la seconde convention, faite sous condition, est intervenue entre les mêmes parties, et lorsque l'objet de l'obligation est le même que celui de la première : alors l'inaccomplissement de la condition empêche bien qu'il n'y ait novation, d'après les principes exposés ci-dessus; mais si le créancier demande la chose en vertu de la première promesse, le débiteur peut le repousser par l'exception tirée d'une remise tacite qui lui a été faite par la seconde convention, convention obligatoire pour le débiteur seulement dans le cas où la condition qui y a été apposée se réaliserait; car le créancier n'a évidemment entendu pouvoir demander la chose qu'autant que cette condition s'accomplirait, puisqu'il ne l'a stipulée une seconde fois que sous cette condition; autrement elle n'aurait aucun effet.

Mais cela ne peut se dire également lorsque la seconde convention est faite avec un nouveau débiteur, ou un nouveau créancier qui prend la place du premier, ou lorsque, intervenue entre les mêmes parties, l'objet de l'obligation n'est pas le même; alors la condition mise à la seconde convention a un but évident, celui de ne dégager le débiteur de son obligation qu'autant que l'événement prévu se réaliserait, afin que la seconde convention ait elle-même effet. Si donc la condition manque, comme cette seconde convention manque par cela même, on reste dans les termes de la première, dont on ne voulait sortir qu'en considération de la seconde.

300. Au surplus, si, dans le cas même d'une seconde convention entre les mêmes parties, elles ont voulu traiter d'un droit conditionnel moyennant quelque chose de certain, ou de quelque droit certain moyennant quelque chose de conditionnel, leur intention devra s'exécuter, quoique la condition, dans le premier ou dans le second cas, soit venue à manquer, et que, d'après cela, il n'y ait pas à proprement parler novation selon les principes purs du droit. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que cette intention ne soit pas douteuse, et dans le cas où elle ne serait point clairement exprimée dans l'acte, on l'apprécierait, en général, par la comparaison de la valeur des choses qui formeraient l'objet de l'une et l'autre obligations. Si ce qui serait promis purement et simplement par la seconde convention valait évidemment beaucoup moins que ce qui était dû d'abord sous condition, on sera naturellement porté à croire que les parties ont entendu traiter d'un droit incertain moyennant quelque chose de certain, mais moins considérable; et au contraire, si ce qui a été promis par la seconde convention, faite sous condition, vaut beaucoup mieux que ce qui était dû purement et simplement, on jugera que les parties ont entendu faire une espèce de contrat aléatoire, traiter de quelque chose de certain pour un droit éventuel, mais ayant pour objet une chose de plus grande valeur.

301. Quoique la dette primitive soit avec terme fixe non échu, ou incertain, mais ne faisant pas condition (1), la novation n'a pas moins lieu sur-le-champ, si elle est pure et simple. (L. 5 et L. 8, § 1, ff. *de novat.*) Mais le créancier ne peut toutefois agir qu'à l'échéance du terme apposé à la seconde convention. (Même loi 5.)

302. S'il n'y en a pas, la loi 8 ci-dessus citée paraît décider que le créancier peut agir de suite, tandis que suivant la loi 47, ff. *de verb. oblig.*, si je stipule de vous que vous me payerez ce que vous devez me payer aux prochaines calendes, et que la stipulation ne contienne point de terme, celui de la première dette y est censé répété; et Barthole entend cependant cette loi du cas où la stipulation a été faite *animo novandi*, ce qui se supposait assez facilement dans le droit du Digeste. Quoi qu'il en soit, s'il y a réellement novation, si on la reconnaît, et qu'il n'y ait point de terme stipulé dans la seconde convention, le créancier a le droit d'agir de suite, à moins que l'intention des parties n'ait été évidemment contraire; mais le terme de la première convention n'est pas censé répété dans la seconde, du moins dans notre droit; car la novation a généralement pour effet de faire disparaître entièrement la première dette lorsque des réserves n'y ont pas été mises.

En sens inverse, si la première convention est sans terme, ou si le terme en est échu, on peut en apposer un à la seconde. (Même loi 5.)

303. Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait novation, que la première obligation ait précédé d'un certain temps la seconde, il suffit qu'elle l'ait précédée d'un instant de raison : comme lorsque dans un contrat d'acquisition je fais intervenir un tiers qui s'oblige à payer le prix au vendeur qui déclare me décharger.

Et dans l'espèce de la loi 44, § 6, ff. *de obligat. et act.*, que nous avons eu occasion de citer plusieurs fois (2), il y a, non pas une novation proprement dite, mais une *quasi*-novation, opérée, même entre le créancier et le débiteur seulement, dans le moment même du contrat.

Et dans le cas de vente d'un immeuble moyennant une somme de.... pour laquelle l'acheteur déclare constituer une rente perpétuelle de... il y a aussi novation de l'action *venditi*, encore bien que la constitution et la vente aient eu lieu par un seul et même contrat (3). *Voy.* ce qui

(1) Dans les legs, *dies incertus facit conditionem.* (L. 75, ff. *de condit. et demonst.*) Nous en avons parlé au tome V, no 292, et tome précédent, no 14.

(2) Voyez *suprà*, no 291.

(3) * Liége, 14 août 1834; J. de B., 1835, 25; Toullier, t. 7, no 280. — *Contrà*, Brux., 3 mai 1826; J. de B., 1826, 1, 339; Paris, 11 mars 1816; Dalloz, 28, 149; Sirey, 17, 1; Bordeaux, 16 et 23 mars 1832; Sirey, 33, 57. Le vendeur conserve la faculté de faire résilier la vente.

dit à ce sujet au tome II, nos 147 et suivants. 3ien mieux, Ulpien, dans la loi 8, § 2, ff. *de at.*, décide que si je stipule de Seïus, *animo andi*, ce que je stipulerai de Titius, à rai- de telle ou telle cause, et que je stipule uite en effet de Titius, il y aura novation, eïus seul sera tenu; car, dit le juriscon- e, *eodem tempore, et impleri prioris stipu- onis conditionem, et novari; eoque jure uti- r.*

504. Les priviléges et hypothèques de l'an- nne créance, porte l'art. 1278, ne passent nt à celle qui lui est substituée, à moins que réancier ne les ait expressément réservés. lors ils conservent leur date primitive, et réancier est substitué à lui-même, comme ent les lois romaines. (L. 3, *princ.*, et L. 12, ff. *qui potiores.*)

La dette primitive n'est point absolument nte : si elle l'est, en tant qu'elle ne produit s d'action, elle existe encore comme *cause* la nouvelle, ce qui a suffi pour qu'elle pût vir de fondement aux priviléges et hypothè- s primitifs réservés pour sûreté du nouvel agement, et à leur date primitive; ce qui ond à l'objection tirée de ce que ces privi- es et hypothèques se trouvent être antérieurs a nouvelle obligation, contrairement aux ncipes, qui n'admettent pas que l'hypothè- , qui n'est qu'un accessoire, puisse subsis- avant l'obligation principale. Mais ils ne vent, à l'égard des tiers, avoir des effets s étendus que ceux qu'ils auraient eus pour première obligation.

505. Suivant l'art. 1280, lorsque la novation ère entre le créancier et l'un des débiteurs daires, les priviléges et hypothèques de cienne créance ne *peuvent* être réservés sur les biens de celui qui contracte la nou- le dette.

La raison qu'en donne Pothier (n° 599), c'est les biens des codébiteurs ne peuvent être othéqués, sans leur consentement, à une te qui n'est plus la leur. D'abord, il est r que cette raison n'est point applicable au où le créancier, en faisant la novation, ré- ve leur accession au nouvel engagement, et réserve aussi ses priviléges et hypothèques sur leurs biens; car, alors obligés à la nouvelle dette par leur accession, sans laquelle la nova- tion ne s'opérerait point (art. 1281), il doit pou- voir réserver ses hypothèques sur leurs biens tout comme il peut les réserver sur ceux du débiteur avec lequel il fait la novation, puisque s'il l'eût faite avec tous, il eût pu incontestable- ment les réserver sur les biens de tous ; or, la réserve de l'accession des codébiteurs fait qu'en réalité la novation se sera opérée avec tous, parce que la condition de l'accession une fois accomplie, elle aura un effet rétroactif (Art. 1179.)

Cela ne peut d'ailleurs faire aucun tort aux tiers, attendu que les hypothèques ne s'exerce- ront toujours, quant à la nouvelle dette, que dans la mesure seulement de l'ancienne, tout de même que celles qui ont été réservées sur les biens de celui des débiteurs avec lequel le nouvel engagement a d'abord été conclu. Et en effet, l'accession des codébiteurs, stipulée comme condition de la novation, ne les oblige- ra-t-elle pas comme si ce nouvel engagement avait été fait dès le principe avec tous, puis- qu'ils doivent y accéder, sinon point de nova- tion? Et si ce nouvel engagement eût été fait dès le principe avec tous, le créancier n'eût-il pas pu réserver sur leurs biens à tous les hy- pothèques de la première dette, puisqu'il peut le faire quand il fait le nouvel engagement avec l'un d'eux? Ces deux propositions sont incon- testables : donc le créancier peut mettre à l'ac- cession des codébiteurs la condition aussi de la réserve de ses hypothèques sur leurs biens, sauf à eux à ne point accéder, mais alors à res- ter dans les termes du premier engagement. Aussi croyons-nous que ce point ne peut souf- frir de difficulté, et que quand l'art. 1280 dit que les hypothèques *ne peuvent* être réservées que sur les biens de celui qui contracte la nou- velle dette, il n'est point applicable au cas où les autres débiteurs doivent aussi la contracter par leur accession, réservée comme condition *sine quâ non* de la novation.

Et que l'on ne dise pas que, contrairement aux principes, ce sera là une hypothèque qui aura une date antérieure à celle du nouvel en- gagement contracté par les codébiteurs au moyen

de leur accession, dont elle aura cependant pour objet d'assurer l'exécution; car nous répondrions que celle réservée sur les biens du débiteur avec lequel la novation a été faite, aura bien aussi une date antérieure à sa nouvelle obligation : or, le motif qui a fait admettre cette réserve à l'égard de ce débiteur, a la même force à l'égard des autres; on peut également, à l'égard de tous, considérer la dette primitive comme n'étant point absolument éteinte au moyen de la réserve de l'accession et des hypothèques, et cela suffit pour qu'elle puisse servir de fondement à ces mêmes hypothèques, comme elle sert de fondement à celles qui ont été réservées sur les biens du débiteur avec lequel la seconde convention a eu lieu.

Nous en disons autant du cas où la caution aurait elle-même donné une hypothèque sur ses biens, et que le créancier, en se réservant son accession, se serait réservé aussi son hypothèque pour sûreté de la nouvelle dette; sauf aussi à la caution à n'y point accéder si cela ne lui convient pas, mais alors à rester dans les termes de son premier engagement.

L'art. 1280 doit donc être entendu du cas seulement où le créancier, en faisant novation avec l'un des débiteurs solidaires, libère les autres entièrement, parce qu'il ne réserve point leur accession au nouvel engagement; et sa disposition, même ainsi restreinte, n'est point encore à l'abri de toute critique fondée; car, puisqu'on peut avoir hypothèque sur les biens de celui qui n'est point personnellement obligé, de celui qui l'a fournie pour la dette d'un autre (art. 2077), on ne voit réellement pas pourquoi le créancier n'a pas pu réserver les siennes sur les biens mêmes des débiteurs qu'il a libérés : il pouvait exiger leur accession au nouvel engagement, et, comme nous venons de le démontrer, réserver aussi ses hypothèques sur leurs biens; pourquoi donc n'a-t-il pu se borner à réserver simplement ses hypothèques? Qui peut le plus, peut le moins. La condition des codébiteurs n'est point altérée par la convention prise dans son ensemble : loin de là, puisqu'ils sont libérés personnellement; et cependant elle devrait être prise en son entier ou être regardée totalement comme non avenue; or, ce dernier parti ne pourrait être d'aucun avantage aux codébiteurs. Leurs autres créanciers non plus n'éprouvent aucun préjudice de la condition mise à la novation; cela vient d'être démontré. Pothier, selon nous, a donc mal vu la chose; il s'est laissé entraîner par un principe vrai en général, mais dont il a fait une application fautive au cas dont il s'agit, et nous regrettons que les rédacteurs du Code aient consacré sa décision. Elle pourra empêcher de faire une convention qui serait dans la convenance de toutes les parties intéressées.

Art. V.

De la novation opérée par la substitution d'un nouveau débiteur.

306. Voilà pour la novation opérée entre l créancier et le débiteur; voyons maintenant l cas où elle s'opère par la substitution d'u nouveau débiteur.

Cette novation peut s'opérer sans le cor cours du premier débiteur (art. 1274); et e cela elle diffère de la délégation, dans laquell au contraire, le délégué est présenté par l débiteur lui-même, ainsi que le mot l'indiqu

Le consentement du premier débiteur noi seulement n'est point nécessaire, mais encoi la novation pourrait s'opérer malgré lui; car tiers pourrait payer la dette nonobstant s opposition, ainsi que nous l'avons démont plus haut (n° 18); or, si le créancier, au lie du payement, veut bien se contenter de l'obl gation du tiers, le débiteur n'a point à y tro ver à redire : *Liberat autem me is qui quod a beo promittit, etiamsi nolim.* (L. 8, § 5 *in fin ff. de novat.*) Seulement le nouveau débite n'aura de recours à exercer contre lui q d'après les distinctions établies précédemme au sujet du payement fait par un tiers.

307. Mais aussi, d'un autre côté, quelle q soit la solvabilité de celui qui se présente, quelles que fussent les sûretés qu'il offrît, créancier n'est point obligé de l'agréer à place de son débiteur; il ne pourrait être te que d'en recevoir le payement.

308. Il faut, au surplus, bien distinguer is quel esprit le tiers entend s'obliger, et is quelle intention aussi le créancier accepte i engagement.

D'abord, la simple indication faite par le déeur lui-même, d'un tiers qui doit payer à sa ce, n'opère point novation. (Art. 1277.)

Et lors même que c'est un tiers qui se préite au créancier sans être ni délégué ni inqué par le débiteur, il importe aussi de voir is quel esprit l'acte passé entre lui et le ancier a été conçu.

Si ce n'est que pour assurer davantage l'exéion de l'obligation du débiteur, ce n'est là 'un cas de garantie, de cautionnement, d'*adomission,* pour employer le langage des docirs. Mais si c'est aux fins que le débiteur t libéré, c'est là une novation, une *exprossion : Quod enim ego debeo, si alius prottat, liberare me potest, si novationis causâ c fiat. Si autem non novandi animo hoc invenit, uterque quidem tenetur, sed altero solite, alter liberatur.* (L. 8, § 5, ff. *de novat.*, écitée.)

309. Toutefois, il n'est pas absolument néssaire, pour qu'il y ait novation, comme pa-t le vouloir l'art. 1275 en matière de dégation, c'est-à-dire lorsque le tiers est ésenté par le débiteur lui-même, que le éancier ait déclaré expressément qu'il entenit décharger son débiteur; il suffit que sa lonté à cet égard ne soit pas douteuse, qu'elle sulte clairement de l'acte (1). En effet, l'arle 1273, qui porte que la novation ne se préme point, qu'il faut que la volonté de l'opér résulte clairement de l'acte, mais qui par la même n'exige rien autre chose, s'applique ix trois manières d'après lesquelles elle s'ore suivant l'article 1271 (2). Si la novation eut avoir lieu entre les mêmes parties, encore i'il n'y ait pas dans l'acte de déclaration exesse à cet égard, quand d'ailleurs la volonté de l'opérer résulte évidemment de l'acte, par une raison au moins égale on peut la reconnaître dans le cas de l'intervention d'un tiers agréé par le créancier, qui le connaît, lorsqu'à cette circonstance il s'en joint d'autres qui ne permettent pas de douter non plus que ce créancier a entendu se contenter de l'obligation du tiers et décharger son débiteur, quoiqu'on ait omis d'en faire l'objet d'une déclaration expresse dans l'acte. Tout ce qu'on peut dire, c'est que la novation ne se présumera pas; qu'il faudra, pour qu'elle ait lieu, que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. Aussi Pothier (n° 594) dit-il que « l'acte par lequel » le créancier de Paul accepte l'obligation de » Pierre, de payer la somme de mille livres, » due par Paul, avec cette déclaration que, » *pour faire plaisir à Paul, il se contente de* » *la présente obligation de Pierre,* doit faire » supposer dans le créancier la volonté d'avoir » voulu faire novation quoiqu'il n'ait pas dé» claré expressément qu'il entendait déchar» ger son débiteur. » Ces mots, en effet, *je me contente de la présente obligation,* témoignent évidemment qu'il a entendu s'en contenter à la place de celle du débiteur, et libérer celui-ci.

310. Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur. (Art. 1279.)

Cela est parfaitement raisonnable, autrement les créanciers de ce nouveau débiteur souffriraient de la novation. Ce débiteur peut bien consentir des hypothèques pour sûreté de l'obligation qu'il prend sur lui, en remplissant les conditions à cet effet, mais ces hypothèques ne seront pas celles qui étaient attachées à la créance primitive et qui affectaient les biens de l'ancien débiteur; pour celles-ci, elles sont éteintes par la novation.

(1) * Lorsque le vendeur stipule que l'acheteur payera i créancier du premier ; que ce créancier, intervenant l'acte, déclare acquitter et décharger son débiteur, sans ie l'acheteur s'oblige immédiatement envers le créaner du vendeur, il ne s'opère point par là une novation par légation. (Brux., 12 juillet 1821; J. de B., 1821, 2, 164.)

(2) * Il n'y a pas novation, par substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, si le créancier d'une rente a reçu le payement des arrérages de la part de l'acquéreur de l'hypothèque, qui s'est obligé au service de la rente. (Brux., 18 octobre 1819; J. de B., 1819, 1, 218.)

311. Mais le Code est muet sur la question de savoir si le créancier, en faisant la novation avec un nouveau débiteur, peut les réserver sur les biens de l'ancien, pour sûreté de l'exécution de la nouvelle obligation, en faisant de cette réserve une condition expresse de la novation.

Pothier (n° 599) admettait bien que, lorsque l'ancien débiteur intervient dans le contrat par lequel un nouveau débiteur prend sur lui la dette du premier par voie de novation, le créancier peut se réserver ses hypothèques sur les biens de celui-ci, telles qu'il les avait; mais il n'admettait pas la validité de cette réserve faite sans le consentement du débiteur, propriétaire des biens hypothéqués. A cet égard il cite la loi 30, ff. *de novat.*, ainsi conçue : *Paulus respondit : Si creditor à Sempronio, animo novandi stipulatus esset, ita ut à primâ obligatione discederetur, rursùm easdem res à posteriore debitore, sine consensu debitoris prioris, obligari non posse.* La raison de cette décision est la même que celle que donne Pothier sur le cas où la novation est faite avec l'un des débiteurs solidaires, cas dans lequel, dit-il, les hypothèques ne peuvent être réservées que sur les biens de celui qui contracte le nouvel engagement, et non sur ceux des autres débiteurs, attendu que leurs biens ne peuvent être hypothéqués sans leur consentement pour une dette qui n'est plus la leur; mais puisque, suivant Pothier lui-même, la novation faite sous condition n'a effet qu'autant que la condition est accomplie, on ne voit pas pourquoi celle dont il s'agit ne serait pas exécutée, à peine, pour la novation, d'être réputée non avenue. Le créancier eût pu, sans le moindre doute, exiger, en la faisant, l'accession de l'ancien débiteur, tout aussi bien qu'il eût pu exiger celle d'un codébiteur solidaire ou d'une caution, car la raison est absolument la même; et en exigeant cette accession, il eût pu réserver aussi en même temps, ainsi que nous l'avons démontré précédemment, ses hypothèques sur les biens de ces mêmes codébiteurs ou cautions; or, pourquoi ne pourrait-il pas, tout en libérant son débiteur de son obligation personnelle, réserver les hypothèques qu'il a sur ses biens, comme condition *sine quâ non* de la novation, puisqu'il n'est pas de rigueur, pour que les biens d'un individu soient hypothéqués, qu'il soit lui-même personnellement tenu de la dette, un gage pouvant très-bien être donné pour la dette d'autrui? (Art. 2077.) Nous avouerons que nous n'en voyons aucune raison solide; d'autant mieux que la position de ce débiteur et celle de ses créanciers n'en seront point aggravées, puisque les hypothèques n'auront pas plus d'étendue que pour la dette primitive, et que toutes les exceptions que l'on aurait pu faire valoir contre cette obligation et qui auraient tendu à l'extinction ou à la diminution de ces hypothèques, pourront également être opposées sur l'action hypothécaire exercée pour l'exécution de la nouvelle dette. D'ailleurs, le silence du Code sur ce point est favorable à cette décision. On peut même dire que puisque l'article 1279 n'interdit seulement que la convention qui aurait pour objet de faire passer les priviléges et hypothèques de la créance primitive sur les biens du nouveau débiteur, c'est une preuve que l'intention des rédacteurs du Code n'a pas été également d'interdire celle par laquelle le créancier les réserverait sur les biens de l'ancien; car ils n'en ont pas parlé, et il n'en coûtait rien de le dire, d'autant mieux que ce point présentait plus de doute que celui sur lequel ils ont statué.

Art. VI.

De la novation opérée par la substitution d'un nouveau créancier.

312. La troisième manière d'opérer novation est lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. Tel est le cas où voulant faire une libéralité à quelqu'un, ou lui ouvrir un crédit, j'engage mon débiteur, qui y consent, à s'obliger envers lui, moyennant quoi je le décharge envers moi.

313. Mais il faut qu'il y consente, sinon je pourrais seulement faire au tiers la cession de mes droits sur lui, et cette cession, loin d'opérer novation, conserverait au contraire la créance avec tous ses priviléges, hypothèques

cautionnements. (Art. 1692.) La loi Ire au code, *de novat.*, fait clairement la distinction, en disant que pour qu'il y ait novation, il faut le consentement du débiteur à s'obliger envers le tiers, ou nouveau créancier, mais que son consentement n'est point du tout nécessaire pour la cession de mes droits sur lui.

Il importe donc, pour la conservation, au profit du nouveau créancier, des sûretés attachées à la créance, de prendre cette dernière voie, autrement ce créancier n'aurait que la simple obligation personnelle du débiteur.

314. Il y a aussi novation par changement de créancier dans le cas de délégation faite par un débiteur de son propre débiteur à son créancier, pour être tenu quitte envers lui, si le délégué s'oblige envers le créancier, et est déchargé par le délégant; car ce délégué a réellement changé de créancier, par l'effet de son nouvel engagement, ce qui rentre parfaitement dans le troisième cas de l'article 1271. Il y a même deux dettes d'éteintes : celle du débiteur qui a fait la délégation envers son propre créancier, et celle de son débiteur envers lui.

315. Mais la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui n'opère point novation (art. 1277); elle n'opère point non plus, en général, cession au profit du tiers désigné pour toucher simplement le montant de la créance.

Art. VII.

De l'effet de la novation.

316. Par la novation la dette est éteinte, avec ses priviléges et hypothèques, sauf, pour la nouvelle dette, l'effet des réserves dont nous avons parlé plus haut.

317. Et par la novation faite avec l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés.

La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions.

Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel engagement. (Art. 1281.)

C'est la conséquence du principe que lorsque la convention par laquelle on fait la novation est sous une condition, la condition doit s'accomplir pour que la novation ait lieu. (LL. 8 et 14, ff., *de novat.*)

Mais, et sauf l'effet de la réserve de l'accession de la caution à la nouvelle obligation, cette caution ne serait pas moins libérée, soit que la novation eût lieu par un simple changement de dette entre le même débiteur et le même créancier, soit qu'elle eût lieu par la substitution d'un nouveau débiteur, ou d'un nouveau créancier; car il serait également vrai de dire, dans tous les cas, qu'elle a eu lieu *à l'égard du débiteur principal*, puisque, dans tous, il serait libéré de la dette, remplacée par la nouvelle; cette dette serait en effet éteinte dans les trois cas: or, c'était pour cette dette; et non pour une autre, que la caution s'était engagée.

§ II.

De la délégation.

SOMMAIRE.

318. *Définition de la délégation.*
319. *Il n'est pas nécessaire que le délégué soit débiteur du délégant.*
320. *Il faut le consentement du délégant, du délégué et du créancier à qui la délégation est faite.*
321. *Comment s'accepte la délégation, et quand elle produit son effet.*
322. *Texte de l'art. 1275, qui exige, pour que le délégant soit libéré, que son propre créancier ait déclaré expressément le décharger.*
323. *Ancien droit à cet égard.*
324. *Les termes de l'art. 1275 ne sont toutefois par sacramentels.*
325. *Le créancier qui a déchargé son débiteur n'a point de recours à exercer contre lui, quoique le délégué devînt insolvable; sauf réserve expresse, et sauf aussi le cas*

où le délégué se trouvait déjà en faillite ouverte ou en déconfiture au temps de la délégation.

326. *Cette dernière exception ne s'applique même que sous une distinction, au cas où un débiteur donne en payement à son créancier sa créance sur un tiers.*

327. *Le recours du créancier contre le débiteur déchargé, n'est au surplus qu'une nouvelle dette de celui-ci.*

328. *Suite.*

329. *Quand la délégation emporte novation, et que le délégué est débiteur du délégant, il y a deux dettes d'éteintes.*

330. *Le délégué qui, se croyant faussement débiteur du délégant, s'est obligé envers une personne indiquée par celui-ci, peut se refuser à payer à cette personne lorsque le délégant se croyait lui-même faussement débiteur envers elle.*

331. *Ou lorsque c'était en vue de lui faire une pure libéralité que le délégant lui faisait la délégation.*

332. *Mais non dans le cas où cette personne était réellement créancière du délégant, à moins qu'il n'y ait eu fraude pratiquée par celui-ci et qu'elle n'ait été complice de la fraude.*

333. *Autre modification résultant de ce que cette personne, même supposée de bonne foi, n'aurait point déchargé le délégant, son débiteur, ou n'aurait pas encore supprimé son titre.*

334. *Le délégué qui s'est obligé purement et sans réserve, envers le créancier du délégant, ne peut, en général, lui opposer les exceptions qu'il eût pu opposer à ce dernier.*

335. *Effet de la délégation faite sous condition, même avec décharge du délégant par son créancier.*

318. La délégation est l'acte par lequel un débiteur donne à son créancier, ou à quelqu'un désigné par celui-ci, une personne pour payer la dette à sa place. *Delegare est vice suâ alium reum dare creditori, vel cui jusserit.* (L. 11, *de novat.*)

319. Il n'est pas nécessaire que le délégué soit débiteur du délégant, quoique cela soit ordinaire : je puis déléguer aussi à mon créancier celui qui veut bien me faire une libéralité ou m'ouvrir un crédit.

320. La délégation exige le concours de la volonté de celui qui délègue, du tiers délégué et du créancier à qui la délégation est faite.

Il faut la volonté du débiteur, soit que la délégation emporte ou non novation (art. 1275); tandis que la novation qui se forme par la substitution d'un nouveau débiteur, ou l'*expromission* proprement dite, peut s'opérer sans le consentement du débiteur déchargé (article 1274), et même malgré lui.

Il faut que le délégué s'oblige envers le créancier (1275), à la différence de la cession d'action, dans laquelle on ne requiert point le consentement du débiteur. (L. 1, Cod. *de novat*); sauf au cessionnaire à lui signifier le transport pour être saisi à son égard et à l'égard des tiers. (Art. 1690.)

Enfin il faut le consentement du créancier (L. 6, Cod., *eod. tit.*); tellement que, lors même que le délégué serait infiniment plus solvable que le débiteur, le créancier ne serait point forcé de l'agréer, même sans donner décharge à ce dernier, et seulement pour suspendre ses poursuites contre lui ; sauf au tiers à payer de suite la dette, s'il y a lieu.

Il n'est point nécessaire au surplus que le consentement du débiteur soit donné en même temps que celui du créancier et celui du tiers. Ainsi, si mon créancier stipule de mon débiteur qu'il lui payera ce qu'il me doit, et à ma décharge, et que je ratifie ensuite, la délégation se formera de ce moment. (L. 22, ff. *hoc tit.*) De sorte que je serai libéré par la novation, et mon débiteur le sera envers moi à raison de la délégation.

321. Ordinairement ceux qui vendent des immeubles hypothéqués délèguent le prix de la vente aux créanciers hypothécaires; les acquéreurs mettent même souvent la condition qu'ils payeront à ces créanciers, afin de purger les hypothèques et de prévenir par là les difficultés et les évictions qu'elles pourraient faire naître.

Si les créanciers interviennent dans le con-
at de vente, pour accepter la délégation, alors
cquéreur se trouve obligé envers eux dans
s limites de cette même délégation, et ni le
ndeur ni l'acquéreur, même d'un commun
cord, ne peuvent plus la révoquer. (Ar-
cle 1121.)

S'ils ne sont point intervenus, le vendeur et
cquéreur, tant que les créanciers n'ont point
cepté la délégation, peuvent la révoquer d'un
utuel accord. Le vendeur le peut même seul,
rapportant la mainlevée des hypothèques,
isque alors l'acquéreur se trouve sans intérêt
payer plutôt aux personnes qui avaient été
diquées d'abord, et qui se trouvent payées,
'au vendeur lui-même. Mais si les créanciers
sont point encore payés, dès qu'ils ont ac-
pté la délégation par un acte quelconque, le
ndeur ne peut plus la révoquer (même ar-
cle 1121), même du consentement de l'ac-
uéreur.

322. Suivant l'art. 1275, « la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. »

A plus forte raison, la simple indication faite
ar le débiteur, d'un tiers qui doit payer à sa
lace, n'opère-t-elle point novation (art. 1277),
as plus que la simple indication faite par le
réancier, d'une personne qui doit recevoir
our lui (1). (*Ibid.*)

Dans le cas de simple délégation, le créan-
ier est censé avoir agréé le délégué pour dé-
iteur comme un moyen de toucher plus faci-
ement ce qui lui est dû. Aussi, lorsqu'un tiers,
ntre les mains duquel il a fait saisie-arrêt
s'oblige à lui payer le montant de la saisie, ce
iers est bien tenu envers lui, mais le débiteur
n'est point pour cela libéré, si le créancier n'a
pas déclaré vouloir le décharger.

323. Plusieurs auteurs, notamment Renusson et Despeisses, pensaient toutefois que le créancier qui accepte purement et simplement *pour son débiteur* le tiers délégué, est censé avoir déchargé l'ancien, parce que, disaient-ils, il a suivi sa foi. S'il n'eût voulu qu'une garantie de plus, c'était comme caution ou garant qu'il devait le recevoir, et non pas comme *autre débiteur*. Et tel était en effet généralement le droit du Digeste; mais, comme nous l'avons dit, Justinien a décidé par sa constitution (2) que, soit que le débiteur donnât au créancier une autre personne, *si quis aliam personam adhibuerit, vel mutaverit,* soit que la nouvelle convention intervînt entre le créancier et le débiteur seulement, pour changer quelque chose à l'obligation, il n'y aurait novation qu'autant que les parties l'auraient expressément déclaré, *nisi ipsi specialiter remisserint priorem obligationem et hoc expresserint quod secundam magis pro anterioribus elegerint.* La constitution de Justinien n'a pas été, il est vrai, adoptée à la lettre dans notre droit; mais Pothier, d'après Cujas, a toutefois combattu le sentiment de ceux qui pensaient que l'acceptation du délégué, sans réserve de la part du créancier, déchargeait le débiteur. Pothier s'est fondé sur ce que le créancier n'entend point, en acceptant le délégué pour son débiteur, faire un bénéfice, ainsi que se le propose celui qui achète une créance, et qui, pour cela, l'achète au-dessous de sa valeur numérique; qu'il entend seulement obtenir un moyen de plus d'être payé; que souvent c'est en cette considération qu'il ne poursuit point son débiteur. Cette opinion a prévalu dans le Code.

324. Toutefois, nous ne pensons pas que ces mots de l'article 1275 : « Si le créancier n'a » *expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur,* » soient sacramentels : ils peuvent être remplacés par d'autres qui indiqueraient clairement et évidemment que la volonté du créancier a effectivement été de décharger

(1) * Lorsqu'en acquit d'un prix d'achat, l'acheteur remet au vendeur une quittance dont le montant doit lui être payé par un tiers, et que le vendeur, dans la croyance que ce payement lui sera fait, délivre à l'acheteur quittance du prix du vente, il ne s'opère pas une novation, et le créancier ne perd pas tout recours, bien que le montant de la quittance ne lui soit pas payé par ce tiers. (La Haye, 27 juillet 1814; *Pasicrisie*, à cette date.)

(2) L. dernière, au Code, *de novat.*

le débiteur et de se contenter de l'obligation du délégué : seulement, le moindre doute à ce sujet s'interpréterait en sa faveur; et c'était ainsi que l'entendait Pothier lui-même, qui voyait la volonté du créancier de faire novation et de décharger son débiteur dans cette déclaration : *Pour faire plaisir au débiteur, je veux bien me contenter de la présente obligation de M. un tel,* etc.

325. Lorsque le créancier a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, il n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation. (Art. 1276.)

La raison de cette dernière exception est fondée sur ce qui vient d'être dit, que le créancier n'a point entendu, en acceptant le délégué pour débiteur, et en déchargeant son débiteur actuel, faire une opération qui pût lui procurer un avantage, comme celui qui achète une créance au-dessous de sa valeur numérique; il a seulement voulu toucher le montant de sa créance, et il n'a pas paru juste de le rendre victime de l'ignorance dans laquelle il était sur l'état actuel du délégué, situation que connaissait très-probablement le délégant, ce qui est au reste indifférent. Mais si le créancier connaissait au contraire l'état du délégué lorsqu'il l'a accepté pour débiteur et a déchargé celui qu'il avait, et que cela fût prouvé contre lui, il n'aurait aucun recours contre le délégant, s'il n'avait pas fait de réserve à cet égard : *Volenti non fit injuria.*

326. Et si c'était une cession que le débiteur, lui eût faite de sa créance sur le tiers, une délégation de la créance *delegatio debiti,* plutôt qu'une délégation de la personne, et que cette session eût eu lieu pour une somme inférieure à la valeur numérique de la créance, alors ce serait une dation en payement, et le débiteur ne serait pas même garant de la solvabilité actuelle du tiers, à moins de convention contraire. On appliquerait, en un mot, les art. 1693, 1694 et 1695, parce qu'en effet le créancier ne serait qu'un cessionnaire ordinaire qui a entendu courir la chance de faire un bénéfice, en recevant en payement une créance au-dessous de sa valeur numérique; or *is quem sequuntur commoda, eumdem debent sequi incommoda.*

Mais si une créance était cédée sur le pied de sa valeur numérique, par un débiteur à son créancier, il serait difficile d'y attacher des effets plus étendus que ceux d'une simple délégation; car, de ce que le créancier aurait de moins, dès le principe, l'engagement du tiers sur qui cette créance existe, ce ne serait pas une raison pour qu'il fût, vis-à-vis de son débiteur qui la lui a donnée en payement, d'une condition inférieure à celle qui serait résultée d'une simple délégation, c'est-à-dire que si le tiers, s'était obligé envers lui sur l'invitation de son propre créancier.

327. Au surplus, dans le cas même où le créancier a son recours contre le débiteur qu'il a déchargé, parce que le délégué était en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation, la créance n'en est pas moins éteinte avec tous ses accessoires, priviléges, hypothèques et cautionnements; seulement il en naît une autre, qui a pour cause le fait de la position du délégué, et qui a pour objet une indemnité.

328. Il faut même en dire autant du cas où le créancier qui a déchargé le débiteur s'est réservé un recours contre lui dans l'hypothèse où le délégué deviendrait insolvable : la créance n'en est pas moins éteinte nonobstant cette réserve; car son objet est un *recours* en dédommagement, c'est une garantie de la solvabilité du délégué : le créancier s'est chargé de l'obligation de celui-ci, aux risques et périls du délégant, et voilà tout; il a agi dans l'intérêt de ce dernier, pour le libérer; il a bien sans doute, à ce titre, l'action *mandati contraria* contre lui, mais il n'en a pas d'autre, puisqu'en le déchargeant, il a évidemment éteint l'action qu'il avait à raison de l'obligation primitive. Il faudrait, pour qu'il eût encore cette action, qu'il n'eût point déchargé le débiteur purement

ı se réservant seulement un recours contre lui ıns le cas où le délégué deviendrait insolva-le, mais qu'il n'eût donné une décharge de la ette elle-même, que d'une manière condition-elle et subordonnée : or, ce n'est pas cette hy-othèse que prévoit l'art. 1276.

329. Lorsque la délégation emporte nova-on, si le délégué est débiteur du délégant, ors il y a deux dettes éteintes, en totalité ou ı partie : celle du délégant envers son créan-er, et celle du délégué envers le délégant. t si le créancier indiquait lui-même, dans le ême acte, le délégué à son propre créancier, ui l'accepterait en déchargeant son débi-ur, cet acte éteindrait trois obligations à la is.

330. Si le délégué ne s'est obligé que par reur envers la personne indiquée par le délé-nt, se croyant faussement débiteur de ce der-er, et que cette personne elle-même ne soit s créancière du délégant, le délégué peut, rès avoir découvert son erreur, se refuser à ıyer, en opposant l'exception *doli mali*. (L. 7, *de doli except*) Et il peut même répéter, s'il a yé avant d'avoir découvert l'erreur. (Art. 1235 1377.)

331. Les lois romaines lui donnent même le oit de se refuser à payer dans le cas aussi la personne envers laquelle il s'est obligé r suite de son erreur, a accepté la délégation ı vue d'une pure libéralité qu'a voulu faire délégant. (L. 2, § 4, ff. *de donationibus*.)

332. Mais dans le cas où cette personne était ellement créancière du délégant au moment la délégation, non-seulement les lois romaines fusaient au délégué le droit de répéter ce qu'il ait payé en exécution de son obligation, quoi-ıe consentie par erreur, mais encore elles lui efusaient toute exception pour se refuser à ıyer (L. 12, ff. *de novat.*) ; et cela, quoiqu'il e se fût obligé que par suite de fraude et de anœuvres de la part du délégant (L. 4, § 2, *e doli except.*) ; sauf toutefois le cas où celui ıvers lequel le délégué s'était obligé était com-lice de la fraude du délégant. Hors ce cas, le délégué avait seulement son recours contre le délégant. (*Eisdem legib.*)

La raison de cette différence entre cette espèce et les deux précédentes, se tire de ce que lorsqu'il n'était rien dû à la personne envers laquelle le délégué s'est obligé, ou que cette personne a reçu la délégation à titre de pure libéralité, elle ne combat pas pour éviter de perdre, mais bien pour faire un gain, et le délégué combat, au contraire, pour éviter de perdre, puisqu'il est en effet exposé à perdre si le délégant, à qui il ne devait rien, se trouve insolvable : or, *meliùs est favere exceptioni, quàm adventitio lucro,* tandis que, lorsque la personne qui a accepté la délégation était créancière de celui qui l'a faite, cette personne *versaretur in damno*, si le délégué pouvait se refuser à lui payer le montant de son obligation, ou s'il pouvait répéter de lui après l'avoir payé.

333. Pothier fait aussi cette distinction, mais elle doit être modifiée quant au dernier cas. En effet, si celui qui a fait la délégation n'a point été déchargé par le créancier, ou même si, ayant été déchargé, ce dernier n'a point encore supprimé son titre par suite de la délégation, le délégué peut se refuser à lui payer. Il pourrait même, dans l'un ou l'autre cas, répéter le payement qu'il aurait fait par suite de l'erreur dans laquelle il était en s'obligeant : l'art. 1377 serait applicable. Car, dans la première hypothèse, la délégation n'a fait aucun tort au créancier, puisqu'il a encore son action contre son débiteur, qu'il n'a point déchargé ; et dans la seconde, comme la décharge du délégant a été la suite de l'erreur du délégué, et par conséquent que ce délégant ne pourrait argumenter de cette décharge pour repousser la demande du créancier qui a encore son titre, ce dernier est censé avoir ses droits intacts contre lui, et, d'après cela, il ne doit point pouvoir invoquer avec effet l'engagement du délégué à son profit, ni retenir ce que celui-ci lui aurait payé par suite de son erreur. Autre chose serait le cas où le créancier aurait supprimé de bonne foi son titre par suite de la délégation ou du payement ; alors la seconde disposition de ce même art. 1377 s'opposerait à ce que le délégué pût répéter ce qu'il aurait payé, quoique par erreur,

et les principes exposés ci-dessus feraient obstacle aussi à ce qu'il pût même se refuser à exécuter son engagement, sauf à lui son recours contre le délégant; car, *inter errantem et patientem, nulla est dubitatio* (1).

334. Par suite des mêmes principes, le délégué qui s'est obligé purement et sans réserve envers le créancier du délégant, ne peut, en général, lui opposer les exceptions qu'il eût pu opposer à ce dernier (2); car, de deux choses l'une : ou le délégué connaissait, au moment de la délégation, l'exception qu'il avait à faire valoir, ou il l'ignorait. S'il la connaissait, il a voulu en faire remise au délégant : *similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur.* (L. 12, ff. *de novat.*) S'il l'ignorait, il ne peut de même faire valoir cette exception contre le créancier, *quia ille suum recipit,* sauf à lui son recours contre le délégant; *eâdem lege.* Mais, d'après ce qui vient d'être dit, la décision, dans cette dernière hypothèse, pourrait, selon la nature de l'exception et les autres circonstances de la cause, recevoir quelque modification, dans le cas où le créancier n'aurait point déchargé le délégant, et même dans le cas où il l'aurait déchargé, s'il n'avait pas encore supprimé son titre contre lui.

335. Enfin, il faut observer que si la délégation, même faite avec décharge du délégant, a eu lieu sous une condition suspensive, ce dernier n'est pas libéré tant que la condition n'est pas accomplie; mais, lors même que l'échéance de son obligation serait arrivée, il ne pourrait néanmoins être poursuivi que lorsqu'il serait devenu certain que la novation n'aurait pas lieu par l'accomplissement de la condition : il est maintenant débiteur sous la condition contraire à celle qui a été mise à la novation; et il est clair que le délégué ne peut pas non plus être poursuivi par celui à qui il a été délégué, tant que la condition sous laquelle il s'est obligé envers lui ne sera pas accomplie.

Bien mieux, quoique, dans l'espèce, il ne soit pas libéré envers le délégant, s'il est son débiteur, puisqu'il ne doit l'être qu'autant que la condition sous laquelle il s'est obligé envers celui à qui il a été délégué sera accomplie, c'est à-dire, qu'autant qu'il y aura novation, néanmoins le délégant ne peut pas non plus le poursuivre tant qu'il ne sera pas devenu certain, par l'accomplissement de la condition, que la novation n'aura pas lieu. Le délégant est maintenant créancier conditionnel du délégué, et il l'est sous la condition contraire à celle qui a été mise à la délégation. (L. 36, ff. *de rebus creditis.*)

SECTION III.

DE LA REMISE DE LA DETTE.

SOMMAIRE.

336. *La remise de la dette est aussi une manière d'éteindre les obligations; elle peut avoir lieu par testament, et alors c'est un véritable legs, ou par convention expresse ou tacite.*

337. *Le droit romain faisait une distinction importante entre la remise opérée par le mode de l'*acceptilation, *et celle faite par simple* pacte; *cette distinction est inconnue dans notre droit.*

338. *Le mutuel dissentiment des parties résout aussi les contrats synallagmatiques; importante distinction, quant à ce point entre le droit actuel et le droit ancien.*

339. *Certains contrats se résolvent même par la volonté d'une seule des parties.*

340. *Points qui sont à examiner sur la matière de la remise de la dette.*

341. *La remise est une véritable libéralité lorsqu'elle n'a pas pour cause certaines circonstances qui pourraient la faire regarder comme un arrangement entre les parties.*

(1) * Le délégataire qui a reçu la somme à lui déléguée, n'est point tenu à restitution envers le débiteur délégué, dans le cas où il vient à être reconnu que celui-ci n'était pas réellement débiteur du délégant; le délégué n'a d'action en répétition que contre le délégant. (Bordeaux 2 avril 1835; Toullier, 7, n° 291; Merlin, *Rép.*, v° *Délégation*, n° 3.)

(2) LL. 12 et 19, ff. *de novat.*

342. *Aussi les mineurs non émancipés et les interdits ne peuvent faire aucune remise.*

343. *Il en est de même, en général, des mineurs émancipés, et des personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire.*

344. *Aussi que des femmes mariées non dûment autorisées, quoique séparées de biens.*

345. *Cependant un mort civilement peut faire, et surtout recevoir une simple remise de dette.*

46. *L'administrateur des biens d'une personne n'a pas, en général, qualité pour faire remise.*

47. Secùs, *dans le cas d'un concordat fait avec un débiteur failli.*

48. *Renvoi quant à la remise faite par l'un des créanciers solidaires.*

49. *Celui qui est simplement indiqué pour recevoir le payement pour le créancier, ne peut faire remise.*

50. *Pour pouvoir recevoir une remise gratuite, il faut être capable, en général, de recevoir du créancier à titre gratuit.*

51. *Application du principe aux médecins, chirurgiens et officiers de santé qui ont traité leur créancier pendant la maladie dont il est mort, et qui leur a fait remise dans le cours de cette maladie.*

52. *Et à l'enfant naturel reconnu, et au conjoint, débiteurs du créancier.*

53. *La remise faite à celui qui est devenu héritier du créancier, même par concordat, est sujette à rapport à la succession; renvoi quant à ce point à un des précédents volumes.*

54. *Elle est sujette aussi à révocation pour survenance d'enfant; renvoi aussi à un des précédents volumes.*

55. *Elle pourrait être passible aussi de la réduction pour fournir les réserves.*

56. *Et, suivant les circonstances, de l'action en révocation pour cause d'ingratitude; renvoi.*

57. *Est-il nécessaire, pour que la remise produise son effet, que le débiteur l'ait acceptée au moins tacitement? Oui, selon l'auteur : discussion.*

58. *La remise peut être faite sous condition, ou purement et simplement, pour partie comme pour le tout.*

359. *Quand la dette est conditionnelle, la remise l'est elle-même tacitement.*

360. *Il n'est pas de rigueur que le titre soit remis au moment même où la remise de la dette est faite, sauf au débiteur à la prouver par les moyens de droit.*

361. *La remise volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération, quoique le titre ne soit pas revêtu d'une déclaration de décharge.*

362. *La possession du titre par le débiteur est présumée être le résultat d'une remise volontaire que le créancier lui en a faite, sauf la preuve de faits propres à établir le contraire.*

363. *La remise du titre par le créancier au moment où il vient toucher le payement, a moins de force pour prouver qu'il l'a reçu, que dans les autres cas; ce que doit faire en pareil cas le créancier.*

364. *En faisant résulter la preuve de la libération, de la remise du titre original sous seing privé par le créancier au débiteur, l'article 1282 ne dit pas si c'est à titre de payement ou bien de remise, et cependant la distinction est importante dans plusieurs cas : solution de la question.*

365. *La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire.*

366. *La remise d'une simple expédition ou copie non délivrée en forme de grosse, n'a pas le même effet.*

367. *La remise du titre original sous signature privée ou de la grosse, par le créancier à l'un des débiteurs solidaires, produit le même effet à l'égard des codébiteurs.*

368. *La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette.*

369. *Le défaut de réserve d'une dette dans la quittance que le créancier donne d'une autre dette, ne forme point de présomption de la remise ou du payement de la première.*

370. *Le concours des circonstances mentionnées dans la loi* Procula, 26, ff. de probat et præsumpt., *ne formerait aujourd'hui qu'une de ces présomptions abandonnées à la sagesse du magistrat, et dont il pourrait seulement s'aider dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales.*

371. *La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des débiteurs solidaires, libère les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre eux.*

372. *Et même, dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette, que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise, et de celle qu'il aurait eue à supporter dans les insolvabilités, s'il y en avait.*

373. *La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions, quand même depuis il aurait renoncé au bénéfice de la remise.*

374. *Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal.*

375. *Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres, si ce n'est toutefois pour la part du cofidéjusseur déchargé.*

376. *La remise faite au débiteur failli, par un concordat en forme, ne profite pas aux cautions; ancien droit peu fixé sur ce point.*

377. *Il en est autrement de la remise faite hors le cas d'un concordat, et par cela même, dans le droit actuel, de celle faite dans un traité quelconque avec un non-commerçant.*

378. *Dans le cas d'un concordat, la caution qui a été forcée de payer même la partie remise, a-t-elle une action en recours contre le débiteur pour cette même partie? La question jugée négativement par arrêt de cassation.*

379. *Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, tourne à l'acquit du débiteur principal: vice de cette disposition dans sa trop grande généralité.*

336. La troisième manière d'éteindre les obligations est la remise de la dette.

La remise peut avoir lieu par testament, et alors c'est un véritable legs, dont nous avons expliqué les effets lorsque nous avons traité des legs; ou par des actes entre-vifs, ou par des faits qui la font supposer.

337. Nous ne faisons pas, dans notre droit, la différence qui existait dans le droit romain entre la remise par le mode de l'*acceptilation* (1), et la remise par simple pacte. La première éteignait l'obligation de plein droit, au lieu que le pacte produisait seulement une exception, au moyen de laquelle le débiteur, s'il était ensuite poursuivi nonobstant le pacte, pouvait repousser la demande. La différence entre les parties elles-mêmes et leurs héritiers ne consistait guère, généralement du moins, que dans la manière de procéder: mais, à l'égard des codébiteurs ou cocréanciers, et même à l'égard des cautions dans certains cas, elle était importante, en ce que le pacte de remise ne pouvait être invoqué que par celui qui l'avait fait, et contre celui-là seulement qui l'avait consenti; tandis que la dette éteinte par l'acceptation l'était par rapport à toute personne quelconque.

Chez nous, de quelque manière que la remise d'une obligation ait lieu, elle a pour effet de l'éteindre *ipso jure*, comme le payement, si

(1) L'acceptilation consistait dans une demande de la part du débiteur adressée au créancier, s'il voulait bien le tenir quitte, et dans une réponse conforme de la part de ce dernier; par exemple : *Centum quæ tibi debeo, accepta fersne? — Accepta fero.* On n'éteignait d'abord de cette manière que les obligations contractées par paroles, c'est-à-dire par stipulation : mais Aquilius Gallus imagina un moyen d'éteindre toute espèce de dette par l'acceptilation. Pour cela, le créancier stipulait du débiteur ce que celui-ci lui devait à un titre quelconque, ce qui opérait novation; le débiteur interrogeait à son tour le créancier pour savoir s'il voulait le tenir quitte, et ce dernier répondant affirmativement, l'acceptilation s'opérait et opérait l'extinction de la dette *ipso jure*. On la nommait *acceptilation aquilienne*, du nom de son inventeur. *Voyez* au Digeste, le titre *de acceptilatione*, et aux Institutes, le titre *quib. modis tollit. oblig.*

Au lieu que le pacte était une convention faite sans l'emploi d'une interrogation et d'une réponse; c'était un consentement manifesté de toute autre manière, par exemple, par lettres. *Voy.* le titre *de Pactis*, au Digeste et au Code.

ailleurs celui qui l'a faite était capable de la re.

338. Le mutuel dissentiment de ceux qui ont t un contrat synallagmatique est une double nise, puisque c'est celle de l'obligation de acun des contractants. Mais à cet égard le oit nouveau diffère, en certains cas, du droit cien, dans les effets de la remise; c'est ce i mérite quelque explication.

Dans les principes du droit romain, le mu-l dissentiment opérait l'extinction de plein oit des obligations résultant des contrats qui forment par le seul consentement des parties c'étaient la vente, le louage, la société et mandat), pourvu toutefois que toutes choses sent encore entières, que dans la vente, par emple, le prix n'eût pas encore été payé ou chose livrée : alors le contrat était censé n avenu, tellement que l'hypothèque de la mme de l'acheteur sur les biens de son mari, s'était point étendue sur les biens vendus, sque l'acheteur n'en avait jamais été pro-étaire, la propriété n'étant acquise que par tradition, et non par le seul consentement, si que nous l'avons dit souvent dans le cours cet ouvrage (1); et l'on suivait les mêmes ncipes dans notre ancienne jurisprudence. is aujourd'hui, que la propriété se transmet le seul consentement des parties (art. 711 1138), qu'elle est acquise de droit à l'ache-r dès qu'on est convenu de la chose et du x, quoique la chose n'ait pas encore été li-e ni le prix payé (art. 1583), il résulte évi-nment de là que la femme de l'acheteur, ou mineur dont il avait la tutelle au moment de résiliation, ont eu une hypothèque sur les ns acquis, et que cette résiliation n'a pu facer à leur préjudice, sauf le privilége du ndeur. La renonciation de l'acheteur au con-t de vente, quoique faite avant la délivrance biens et tout payement du prix, n'est plus uellement qu'une rétrocession de la propriété vendeur, une véritable revente, moyen-nt un prix semblable à celui de la vente pri-tive, et qui doit donner lieu à de nouveaux oits pour mutation de propriété, si la régie de l'enregistrement et des domaines parvient à acquérir la preuve de l'existence de l'un et de l'autre acte.

Il n'en serait toutefois pas ainsi de la vente de denrées et effets mobiliers, attendu que, d'après l'art. 1657, la résiliation, faute de payement, a lieu de plein droit et sans sommation après l'expiration du terme convenu pour le retirement, ce qui laisse par conséquent aux parties la faculté de résilier le contrat par leur consentement, même avant l'époque convenue pour la délivrance.

1) *Voyez* notamment tome V, nos 423 et suivants.

339. La renonciation d'une seule des parties suffit même pour résoudre le contrat de société pour l'avenir, sauf les conditions et restrictions apportées par la loi, lorsque la société n'est pas dissoute du consentement de toutes les parties. (*Voy.* les art. 1865 à 1869.)

Quant au mandat, au dépôt, au commodat et au louage, *voy.* les titres qui les concernent.

340. Ces notions préliminaires exposées, nous aurons à voir quels sont ceux qui peuvent faire la remise;

Si elle peut être faite à tout débiteur quelconque;

S'il est nécessaire, pour qu'elle produise son effet, que le débiteur l'ait acceptée, au moins tacitement;

Quels faits ou circonstances la prouvent ou la font présumer;

Et quel est son effet par rapport aux codébiteurs et aux cautions.

ART. Ier.

Des personnes qui peuvent faire remise de la dette.

341. Lorsque la remise n'est point le résultat d'une transaction ou d'un arrangement entre les parties, en cas de contestation, ou pour des services rendus, et qu'elle n'est point faite non plus à un débiteur en faillite, dans un traité par lequel ses créanciers lui remettraient une certaine quotité de chaque créance, elle est véritablement une libéralité : d'où il suit que ceux qui sont incapables de disposer de leurs

biens par acte entre-vifs, ne peuvent, en général, faire remise de leurs créances.

342. Ainsi les mineurs non émancipés et les interdits n'ayant la disposition d'aucune chose, ils ne peuvent faire aucune remise de ce qui leur est dû, quelle que soit la dette.

343. Il en est incontestablement de même des mineurs émancipés, en ce qui concerne leurs capitaux, quoiqu'ils fussent assistés de leur curateur ; car l'art. 904 porte que le mineur parvenu à l'âge de seize ans ne peut disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. S'il peut y avoir quelque doute, ce serait à l'égard de la remise de sommes dues au mineur pour une vente de denrées faite par lui, ou pour fermages ou loyers, arrérages ou intérêts, attendu qu'il peut toucher ces sommes sur ses seules quittances, sans avoir besoin de l'assistance de son curateur : ce qui semble dire qu'il en a la libre disposition ; mais il n'en a pas la disposition à titre gratuit ; l'art. 904 ne distingue point quant aux objets, et l'on ne peut nier qu'une remise tout à fait gratuite ne soit une donation au fond. Le mineur sera donc bien fondé à revenir contre la remise pour cause de lésion (art. 1305) ; car ce n'est point là un acte d'*administration*, mais un acte de *disposition* à titre gratuit. La capacité à l'effet de toucher n'emporte pas toujours celle de remettre la dette ; l'*adjectus solutionis gratiâ* aussi a qualité pour toucher le payement, mais non pour faire remise.

Toutefois, dans le cas où le mineur émancipé aurait fait la remise à un fermier, en dédommagement des pertes qu'il aurait essuyées par suite de mauvaises récoltes, elle pourrait être déclarée valable, en tout ou partie, parce qu'elle aurait le caractère d'arrangement, de transaction, sur un objet sur lequel le mineur pouvait traiter même sans l'assistance de son curateur ; à plus forte raison si le curateur l'avait assisté dans l'acte de remise.

Et tout ce qui vient d'être dit peut s'appliquer aux remises faites par une personne placée sous l'assistance d'un conseil judiciaire, pour faiblesse d'esprit ou prodigalité, avec cette différence toutefois que, assistée de son conseil, elle pourrait même faire remise d'un capital mobilier (art. 499 et 513) ; tandis qu'un mineur, quoique émancipé et assisté de son conseil, ne le pourrait pas, du moins généralement, puisque la loi ne lui donne pas le pouvoir de faire des donations même avec cette assistance, et qu'une remise gratuite d'un capital mobilier est une véritable donation : il serait donc en droit de la faire rescinder pour cause de lésion, en vertu de l'art. 1305.

344. Les femmes mariées, même séparées de biens par contrat de mariage ou par jugement, ne peuvent non plus faire remise gratuite de leurs capitaux sans être dûment autorisées : peu importe qu'elles aient l'administration de leurs biens, et qu'elles puissent disposer de leur mobilier et l'aliéner (art. 1449) car elles n'ont pas pour cela la capacité de faire, sans autorisation, des donations, même de choses mobilières ; les art. 217 et 905, au contraire, leur refusent formellement ce pouvoir sans distinction entre les choses de cette nature et les choses immobilières (1) ; or, si les remises gratuites et volontaires ne sont pas de véritables donations quant à la forme, elles sont en réalité des donations dans le fond des choses.

345. Mais quoiqu'une remise de dette soit au fond une libéralité, et que le mort civilement ne puisse recevoir ni faire des donations entre-vifs (art. 25), cela n'empêche pas, néanmoins, qu'un individu frappé de mort civile qui aurait acquis des biens depuis la mort civile encourue (ce que suppose l'art. 25 du Code en disant qu'il ne pourra plaider que par le ministère d'un curateur), ne pût faire une remise valable à son débiteur, et ne pût surtout en recevoir une de son créancier ; car une remise de dette est aussi un mode d'extinction des obligations ; ce qui rentre par conséquent dans le droit naturel, dont n'est point exclu le mort civilement. La donation elle-même tient d'ailleurs au droit naturel dans le fond, et elle n'est du droit civil que quant aux formes ; o

(1) C'est ce que nous avons dit au tome IV, n° 208.

mort civilement peut recevoir des donations choses mobilières faites sans acte, des dons nuels, parce que ces dons sont régis plutôt r les principes du droit naturel que par les gles du droit civil, ainsi que M. d'Aguesseau fait observer dans ses explications sur l'ornnance *des donations,* rédigée par lui. *Voyez* que nous avons dit sur l'un et l'autre point traitant *de la mort civile*, tome Ier, n° 263.

346. L'administrateur des biens d'une perne, comme un tuteur, ne peut, en général, re remise volontaire des créances de cette rsonne, parce qu'il n'a pas le pouvoir de nner. (L. 22, ff. *de administr. et peric. tut.*, L. 37, ff. *de pactis.*)

347. Mais la remise faite par l'administrateur débiteur failli, par un concordat régulier, valable, parce qu'elle n'est qu'un acte d'adnistration, et non une libéralité.

348. Quant à la remise faite par l'un des éanciers solidaires, ou par l'un des créanrs d'une obligation indivisible, *voy.* ce qui été dit au tome précédent, nos 174, 312 et iv.

349. Les tiers *adjoints* n'étant préposés que ur recevoir le payement, il est clair qu'ils ne uvent faire remise de la dette, puisqu'ils ne uvent même faire novation (L. 27, *princip.*, *de pactis*); sauf toutefois les cas où l'indican s'est convertie en cession ou délégation de créance à leur profit, suivant ce qui a été dit le payement en général.

ART. II.

quelles personnes la remise peut être faite.

350. Puisque la remise gratuite est au fond véritable libéralité, on doit conclure de là ceux qui ne pourraient recevoir une donan ordinaire du créancier, ne peuvent, en géral, en recevoir la remise de leur dette.

351. Ainsi les docteurs en médecine ou en rurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui traitent une personne pendant une maladie dont elle meurt, ne pourraient profiter de la remise faite à leur profit pendant le cours de cette maladie, à moins qu'elle ne fût à titre rémunératoire, eu égard aux facultés du créancier, et sauf aussi le cas de parenté, ainsi qu'il est dit à l'art. 909; tel était le sentiment de Pothier; et la même décision aurait lieu à l'égard de la remise faite dans les mêmes circonstances au ministre du culte.

352. Si le débiteur était fils naturel reconnu du créancier, ou que la dette existât entre époux, la remise qui en serait faite s'imputerait sur la quotité dont pouvait disposer le créancier envers le débiteur, et l'excédant, s'il y en avait, pourrait, à la mort du premier, être exigé par ses héritiers, à la charge par ceux-ci de prouver la remise, si elle était niée: ils procéderaient par voie de réduction.

Et comme les donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours révocables (art. 1096), l'époux créancier pourrait révoquer lui-même la remise.

353. La remise de la dette d'un héritier par le défunt créancier, même faite par concordat en cas de faillite, est sujette à rapport, d'après l'art. 843 analysé. C'était l'avis de Pothier. *Voy.* ce que nous avons dit sur ce point au tome IV, nos 309 et 310.

354. Le même auteur (1) regardait aussi les remises de dette comme sujettes à la révocation pour survenance d'enfants, pourvu qu'elles ne fussent pas faites pour éviter un procès, ou par un contrat d'atermoiement, ou comme prix de services appréciables, mais bien à titre purement gratuit, par pure libéralité.

Nous avions d'abord été d'un avis contraire, dans notre *Traité des contrats*, etc., t. III, n° 910, quoique nous reconnussions fort bien d'ailleurs qu'une remise purement gratuite est une véritable donation au fond; mais nous nous étions déterminé par le motif que l'art. 960 ne parle pas expressément des remises de dette,

(1) *Traité des donations*, sect. 3, art. 2, § 1.

et que les révocations sont de droit étroit. Toutefois, après avoir plus mûrement réfléchi sur la question, nous avons fini par nous ranger au sentiment de Pothier, quand nous avons traité des donations, tome IV, n° 593.

555. Du reste, nous admettions bien alors comme aujourd'hui que les remises de dette seraient passibles de l'action en réduction, dans le cas où une personne aurait voulu priver, par cette voie, ses enfants, de la quotité de biens que la loi leur réserve sur sa succession; car elle n'a pas dû pouvoir faire, par des voies indirectes et cachées, ce qu'elle ne pouvait faire par des voies directes et ouvertes; autrement le vœu de la loi pourrait être par trop facilement éludé.

556. Quant à la question de savoir si les remises purement gratuites sont soumises, comme les donations en forme, à la révocation pour cause d'ingratitude, nous l'avons aussi résolue affirmativement, au même tome IV, n° 566, à la charge par celui qui les a faites, de justifier que la dette a bien été éteinte par remise gratuite, et non par payement.

Art. III.

S'il est nécessaire, pour que la remise produise son effet, que le débiteur l'ait acceptée, au moins tacitement.

557. Barbeyrac a professé, dans son Commentaire sur Puffendorf, qu'un créancier ayant la libre disposition de ses biens, peut, par sa seule volonté, libérer son débiteur, sans qu'il y ait besoin d'une acceptation quelconque de la part de celui-ci; qu'il suffit pour cela de répudier la créance, d'en faire l'abandon par la pensée. Il se fondait, pour le décider ainsi, sur la loi 2, § I, ff. *pro derelicto,* suivant laquelle nous pouvons, par notre seule volonté, cesser d'être propriétaire de notre chose, en l'abandonnant, quoique d'ailleurs un autre n'en devienne propriétaire qu'en l'occupant; et il tirait de ce texte la conclusion que dès qu'un créancier abandonne sa créance, cette créance est éteinte, et le débiteur, par cela même, libéré.

Pothier a combattu Barbeyrac, en disant que l'on ne doit pas assimiler une créance à l'abandon d'une chose que l'on ne veut plus avoir. L'abandon, *derelictum,* n'est pas fait en vue de gratifier quelqu'un, mais parce que la chose abandonnée ne convient plus, parce qu'on la juge inutile ou même embarrassante. Peu importe qu'un autre ensuite s'en empare; ce n'était point dans son intérêt qu'elle avait été abandonnée. Au lieu que l'abandon d'une créance devant nécessairement profiter à telle personne, c'est un acte renfermant en soi une libéralité qui, par cela même, a besoin d'être acceptée pour produire son effet.

L'art. 1211 repousserait l'opinion de Barbeyrac; car, en disant que, par la demande formée contre l'un des débiteurs solidaires, *pour sa part,* le créancier ne renonce pas à la solidarité, même à son égard, tant que ce débiteur n'a pas acquiescé à la demande, ou qu'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation, cet article décide évidemment que la remise faite par le créancier n'a point d'effet tan[t] qu'elle n'est pas acceptée par le débiteur, puis[que] la décharge de la solidarité est une remis[e] qui, si les codébiteurs sont insolvables, libèr[e] le débiteur d'une perte qu'il aurait eue à sup[-]porter.

Au tome IV, n° 594, nous citons un arrêt d[e] la cour de Paris, du 1er mars 1826, qui a jug[é] que la remise à titre de libéralité, faite par u[n] créancier à son débiteur, par le moyen d'u[n] tiers choisi par le créancier pour remettre l[e] billet au débiteur, après le décès du créancier[,] était restée sans effet par la mort de celui-ci[,] arrivée avant l'acceptation du débiteur, attend[u] que le tiers n'avait aucun pouvoir d'accepte[r] pour ce dernier.

Nous citons toutefois, au numéro suivant d[u] même volume, un arrêt de la cour de Limoge[s,] confirmé ensuite en cassation le 2 avril 1823[,] qui a jugé, au contraire, qu'une remise faite p[ar] un mourant, par l'entremise d'un tiers charg[é] d'une quittance pour être remise au débiteu[r] en cas de mort du créancier, était valabl[e] quoique le débiteur ne l'eût point acceptée, [et] n'en eût même pas connaissance avant la mo[rt] de ce dernier : « Attendu, a dit la cour de ca[s-] » sation, que c'était là une remise régie par l[a]

art. 1282 et suivants du Code civil, et qu'elle n'était assujettie à aucune formalité; qu'elle a pu être simple ou conditionnelle, directe ou par intermédiaire, et qu'en jugeant en conséquence, que la quittance remise par le créancier au tiers, pour la délivrer *en cas d'accident* au débiteur, était valable, la cour de Limoges s'est conformée à la lettre et à l'esprit desdits articles. »

Mais nous croyons avoir démontré qu'une ıreille remise n'était qu'une disposition faite *ortis causâ*, sans l'observation des formalités ·escrites pour la validité des dispositions de ɜrnière volonté ou testamentaires, et qu'ainsi le était nulle : c'était, en un mot, une libération laissée par fidéicommis, ainsi que cela sulte de plusieurs textes du droit romain; et Code n'admet que deux manières de disposer ses biens à titre gratuit : par donation ıtre-vifs et par testament, dans les formes ı'il a établies à cet effet. (Art. 896.) La remise, ns l'espèce, était en réalité l'ouvrage du éancier seul; elle était révocable à sa volonté, il y avait la condition de son prédécès. L'acptation du tiers pour le débiteur, qu'on a nsidérée comme efficace, parce que, a-t-on t, dans les causes de cette nature, le tiers t office de *negotiorum gestor* à l'égard du ɔnataire : cette acceptation, disons-nous, était point valable, faute de pouvoir émané ı débiteur; car une libéralité ne peut être ceptée par un tiers non muni d'un pouvoir du ɔnataire (art. 933), et une remise gratuite est ıe libéralité.

Sans doute, indépendamment du payement de la novation, par lesquels un tiers peut me ɔérer envers mon créancier, sauf ensuite à oi à lui faire raison de ce qu'il aura payé pour oi, un tiers peut aussi, de concert avec mon éancier, me procurer ma libération pleine et ıtière, par le moyen d'une novation et ensuite une remise à lui faite par le créancier, sous condition qu'il ne me demandera rien, comme ayant rien déboursé pour moi. Ce moyen est formellement indiqué par les lois romaines (1), d'ailleurs si contraires à la validité des conventions faites pour autrui (2), et même si opposées à ce qu'un simple pacte libératoire pût être invoqué par un autre que celui qui l'avait fait (3). Mais, d'abord, ce ne serait point *ma dette* qui serait éteinte par la remise : ce serait celle du tiers; la mienne aurait été éteinte par la novation, ce qui est formellement admis par les lois, quoique je n'aie point participé à la novation elle-même. (Art. 1274.) En second lieu, ma dette se trouverait éteinte définitivement; mon créancier ne pourrait pas la faire revivre à sa volonté ; ma libération, à son égard, serait irrévocable. Au contraire, dans l'espèce jugée par la cour de Limoges, la libération était révocable ; c'était une libéralité à cause de mort, faite sans l'emploi des formalités pour ces sortes de libéralités, et c'est en cela que la remise ne nous paraissait pas valable. Nous n'avons pu y voir une remise conventionnelle, parce que le tiers n'avait ni mandat ni qualité pour l'accepter, et que d'ailleurs l'effet de cette remise étant subordonné à la pure volonté du créancier, elle perdait par là tout caractère de remise conventionnelle; car, pour qu'une convention soit valable, il faut qu'elle ne soit point faite sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige (art 1174), soit à donner, soit à faire, soit à ne pas faire quelque chose, ou, dans le cas d'une remise, à ne pas demander la dette.

Art. IV.

Quels faits ou circonstances prouvent la remise, ou la font présumer.

358. La remise, comme nous l'avons dit, s'opère non-seulement par une convention expresse, ou par une disposition testamentaire du créancier, mais encore par une convention tacite, qui résulte de certains faits qui la font présumer, ainsi qu'on va le voir.

(1) Ainsi, dit Ulpien dans la loi 13, § 10, ff. *De acceptatione*, parce que l'acceptilation ne pouvait se faire ıe par paroles, par conséquent entre personnes présntes, *In absentium personâ hoc remedio uti solemus : ipulamur ab aliquo id novandi causâ quod nobis absens debet, et ita accepto liberamus à quo stipulati sumus, et ita fiet ut absens novatione, præsens acceptilatione liberetur.*

(2) LL. 11, ff. *de oblig. et actionib.*

(3) L. 25 et suivantes, ff. *de pactis.*

Elle peut avoir lieu pour partie ou pour le tout; avoir lieu purement et simplement, ou être faite sous une condition : alors la dette est censée subsister sous la condition contraire. (Argument de la loi 36, ff. *de rebus creditis.*)

359. Si la dette est conditionnelle, la remise elle-même est conditionnelle dans ses effets, puisqu'il ne peut y avoir remise de dette qu'autant qu'il y a dette. (L. 77, *in fine.*, ff. *de regul. juris.*)

360. Quant à la remise faite par une convention intervenue entre personnes ayant capacité à cet effet, il n'y a pas de difficulté; elle est valable, encore que le titre n'ait pas été rendu au débiteur, parce que ce titre était alors sous scellés, ou dans les mains d'un tiers, etc. Dans ce cas, si la remise n'était point constatée par un acte, le débiteur pourrait faire interroger le créancier, et lui déférer le serment; il pourrait même prouver la remise par témoins si elle n'excédait pas la somme de 150 fr. Ce ne serait pas là contrevenir à la disposition de l'art. 1341, qui porte : « Qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le » contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué » avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, » encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur » moindre de 150 fr. »; car l'acte dont il s'agit ne serait nullement attaqué dans ses dispositions par la preuve de la remise, pas plus que s'il s'agissait de prouver par ce moyen un payement (1).

361. La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération. (Article 1282) (2).

La loi n'exige pas que le titre remis soit revêtu d'un *pour acquit* ou autre déclaration de de décharge; la seule remise volontaire par le créancier au débiteur suffit pour établir la libération. Mais il faut le concours de ces trois circonstances : 1° que la remise ait été volontaire; 2° qu'elle ait été faite par le créancier; 3° qu'elle l'ait été au débiteur. Si donc l'une d'elles manque, la preuve de la libération s'évanouit (3).

362. Toutefois, la possession du titre par le débiteur est présumée, jusqu'à preuve du contraire, être le résultat d'une remise volontaire que le créancier lui en a faite : comme si ce dernier prouve qu'elle est l'effet d'une perte, d'une surprise, d'un dol, d'une violence, d'une soustraction ou d'un abus de confiance de la part d'un tiers à qui il avait confié le titre. Mais le dol ne se présumant pas (art. 1116), ce serait à lui à prouver le fait qui a fait sortir le titre de ses mains, en sorte que la décision de Pothier, qui pensait, d'après Boiceau, que la qualité du débiteur peut affaiblir la présomption de payement ou de remise de la dette résultant de la possession du billet, ne serait point suivie sous le Code. Selon cet auteur, si le débiteur était un facteur ou commis du créancier, un domestique à portée de se saisir du billet, ou un voisin chez lequel le créancier avait déposé ses effets dans un cas d'incendie, la possession du billet pourrait n'être pas une présomption suffisante de la remise de la dette ni même du payement. L'art. 1282 établit une règle générale, sans distinction des personnes, et puisque la fraude ne se présume point, tout ce qu'on peut conclure de la qualité du débiteur, c'est que ce sera une circonstance qui pourra fournir au créancier un moyen d'établir plus facilement le fait de soustraction du titre, et par cela même de détruire la présomption résultant de la possession, qu'il a été remis volontairement (4).

363. Au surplus, la remise du titre par le créancier au moment où il vient toucher le payement, n'a pas la même force que dans le

(1) * Toullier, 7, no 322.

(2) * On doit en dire autant, par analogie, d'un simple brevet d'obligation notariée. (Toullier, 7, 324; Pothier, no 608; Rolland, *Dict. du not.*, no 54, vo *Remise.*)

(3) * La remise volontaire du titre original sous signature privée, faite par le créancier au débiteur failli, postérieurement au concordat par lequel ce dernier s'est libéré au moyen d'un dividende de tant pour cent, ne fait point preuve de la libération totale de la créance au profit des codébiteurs solidaires. (Brux., 13 juillet 1820; J. de B., 1820, 2, 220.)

(4) * Mais V. Toullier, 7, no 325.

utres cas. L'usage dans les banques et chez es négociants, et même à peu près partout, est e présenter d'abord l'effet à celui qui doit 'acquitter, parce qu'il faut bien qu'il l'examine our voir si c'est bien sa signature, et quelle st la somme à payer. L'argent n'est ordinaire-nent livré au créancier qu'après la remise de 'effet au débiteur. Or, l'on sent que, bien qu'il ui soit remis *volontairement,* une pareille re-nise n'a pas la même force probante de la libé-ation, que dans les autres cas, que celle qu'elle urait notamment si le créancier se retirait ans réclamer la restitution de l'effet, ou la omme. Le débiteur qui prétendrait être libéré ar le fait de la possession du billet, parce qu'il 'a entre les mains (1), ne devrait pas être couté, si celui qui est venu toucher réclamait e suite, et si toutes les circonstances de la ause démontraient que le payement n'a pas eu ieu. La circonstance que l'effet serait revêtu u *pour acquit,* ne serait même point du tout lécisive, car le *pour acquit* se met ordinaire-nent avant que le débiteur livre les deniers, t il est même toujours mis par le créancier vant que l'effet ne sorte de chez lui, lorsqu'il n fait toucher le montant par un facteur ou ommis, ainsi que cela se pratique par tous les anquiers et négociants en gros. En pareil cas, e créancier ne doit négliger aucun des moyens ropres à établir sur-le-champ qu'il n'a pas eçu son payement, et néanmoins que l'on a etenu son effet, et porter aussitôt sa plainte our fait de soustraction de son titre.

364. L'art. 1282 fait résulter la preuve de la libération de la remise du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur; mais à quel titre l'établit-elle? Est-ce à titre de payement ou de remise? La question est importante dans les cas, assez nombreux, où celui qui pouvait recevoir le payement, ne pouvait cependant pas faire remise de la dette : comme dans le cas d'un créancier solidaire, qui pouvait recevoir le payement du total, et qui ne pouvait cependant faire remise que pour sa part (art. 1198); ou d'une femme séparée de biens, qui pouvait recevoir le payement de la créance et en donner décharge, et qui néanmoins, selon nous, ne pouvait en faire remise gratuite sans être dûment autorisée, parce que la remise gratuite est une donation dans le fond, et que les articles 217 et 905 défendent aux femmes mariées, indistinctement, de faire des donations sans l'autorisation de leur mari ou de justice.

Les lois romaines voyaient dans la simple remise du billet une *remise* de la dette : *Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem* (L. 2, § 1, ff. *de pactis*); et l'art. 1282 est placé sous la rubrique *de la remise de la dette.*

D'un autre côté, la remise ne se présume pas, *quia res suas jactare nemo præsumitur; nemo donare censetur.*

Boiceau, d'après quelques anciens auteurs, disait que si le débiteur allègue avoir payé, il y a présomption de payement par cela seul qu'il possède le titre, sauf au créancier à prouver le contraire (par exemple, que le billet lui a été surpris, ou qu'un tiers à qui il l'avait confié l'a remis au débiteur par abus de confiance); mais que s'il allègue que le créancier lui a remis la dette, la possession du billet ne suffit pas pour établir la remise, qu'il faut encore qu'il prouve que le billet lui a été volontairement remis et rendu, attendu que la remise étant une libéralité, elle ne se présume pas.

Pothier dit que cette distinction n'est pas solide, et qu'on doit indistinctement décider que la possession du billet par le débiteur doit faire présumer qu'il lui a été rendu par le créancier, ou comme acquitté, ou comme remis, à moins que celui-ci ne justifie du contraire, par exemple, en prouvant que le billet lui a été volé.

Ce que dit Pothier est incontestable dans les cas ordinaires, où le créancier pouvait tout aussi bien libérer le débiteur par remise qu'en recevant de lui le payement de la dette; mais la question reste entière pour les cas particuliers que nous avons supposés. Lorsqu'il y a un *pour acquit* mis sur le billet, elle présente moins de difficulté : il y a lieu de croire que c'est par payement que la dette a été acquittée;

(1) Ainsi qu'on l'a vu, il y a quelques années, dans la scandaleuse affaire *Roumage.*

car on ne dit guère d'une dette qui n'a point été payée réellement, mais qui a simplement été remise, que cette dette a été *acquitée*, quoique le débiteur soit libéré par là comme il le serait par un payement; à plus forte raison s'il y a un *reçu*. Mais dans le cas où il n'y a rien autre chose que la remise du billet, la question est plus délicate, parce que, d'une part, les remises gratuites ne se présument pas, et, d'autre part, que l'art. 1282 est placé sous la rubrique de la remise de la dette; ce qui porte à penser que les rédacteurs du Code, en disant que la remise volontaire du titre par le créancier au débiteur fait preuve de la libération, ont considéré cette libération plutôt comme résultant d'une remise que d'un payement. Cependant, comme ils se sont servis de l'expression générale de *libération*, et que la remise ne se présume pas facilement, nous inclinerions à penser que le débiteur serait censé libéré par payement, jusqu'à preuve du contraire, et sauf aussi les circonstances particulières de la cause. On pourrait, au reste, le faire interroger sur faits et articles, et lui déférer le serment.

365. La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire. (Art. 1283) (1).

Ainsi, indépendamment du cas de soustraction ou de tout autre cas de fraude, dont la preuve détruirait l'effet résultant de la possession du titre original en laquelle se trouverait le débiteur, le créancier, quand il s'agit seulement de la remise de la grosse, quoique faite volontairement, peut prouver qu'il n'a fait cette remise que pour telle ou telle cause, et non pour remettre la dette, ou à raison d'un payement reçu : par exemple, parce que le débiteur en avait besoin dans un procès qu'il avait alors avec un tiers. Le créancier a dû en effet être plus facile à faire cette remise que celle d'un titre original sous signature privée, puisqu'il savait qu'en remplissant les formalités prescrites, il pourrait se faire délivrer une nouvelle grosse. Cependant, comme cela exige l'accomplissement de ces mêmes formalités, ou le consentement du débiteur (art. 844, Code de procéd.), on n'est pas présumé se dessaisir de la grosse sans motif; et de là résulte la présomption de la remise de la dette ou du payement lorsqu'il a eu lieu : mais ce n'est qu'une *présomption* qui peut être détruite par la preuve contraire, tandis que dans le cas de la remise volontaire du titre original par le créancier au débiteur, il y a *preuve* de la libération; sauf au créancier à prouver que la remise n'a pas été volontaire, ou qu'elle n'a pas été faite par lui, ou qu'elle ne l'a pas été au débiteur.

366. La remise faite par le créancier au débiteur, d'une simple expédition, non délivrée en forme de grosse, c'est-à-dire non intitulée comme les lois, et non revêtue du mandement aux officiers de justice, ne fait point présumer la remise de la dette ni le payement, parce que le créancier savait qu'il pourrait s'en procurer une autre en cette forme sans avoir besoin du consentement du débiteur et sans l'intervention du juge. L'art. 1283 parle de la remise de la *grosse;* or une simple expédition ou copie n'est point une grosse.

367. Ce que nous venons de dire touchant la remise volontaire de l'original sous seing privé ou de la grosse, par le créancier au débiteur, s'applique au cas où cette remise a été faite à l'un des débiteurs solidaires : elle produit le même effet au profit des codébiteurs. (Article 1284.)

368. Mais la remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette (art. 1286) : elle n'est cependant pas absolument indifférente; seulement elle ne *suffit pas :* d'où il suit qu'elle est une circonstance du nombre de celles qui peuvent fonder une de ces présomptions que la loi laisse à la sagesse du magistrat; qu'ainsi

(1) * La possession de la grosse d'un titre de créance n'établit en faveur du débiteur qu'une simple présomption de la tradition volontaire par le créancier : par conséquent, il n'y a pas libération, s'il est établi que la grosse n'est entre les mains du débiteur que par suite d'un fait étranger au créancier ou par surprise. (Liége, 15 mai 1835; Jur. de Br., 1835, 476.) C'est au créancier, s'il invoque ces faits, à les prouver. (Rejet, 10 avril 1833; Sirey, 33, 383.)

ns les cas où il peut se décider par le secours ces présomptions, c'est-à-dire dans les cas la preuve testimoniale serait admissible rt. 1353), il pourrait faire résulter de la remise du gage, jointe à quelque autre circonnce, la présomption de libération, soit par nise de la dette, soit par payement.

369. Le défaut de réserve d'une dette dans quittance que le créancier donne d'une autre tte au débiteur de l'une et de l'autre, ne me point de présomption de la remise ou du yement de la première, quand bien même le-ci se trouvait alors échue, et d'une date érieure à celle qui a été payée. En général, aque acte n'opère que pour l'espèce d'affaire i y a donné lieu, et ne fait point préjudice aux tres affaires qui se sont passées entre les mes parties. (L. 29, ff. *de oblig. et act.*, et . 2048 et 2049.)

370. Il en est de même si, dans un compte re deux personnes qui étaient en relation ffaires, l'une d'elles n'a pas compris un artile de créance qu'elle avait contre l'autre : il résulte de cette omission aucune présomp n de payement ou de remise de cette créance; doit présumer, au contraire, qu'elle n'a eu u que par pur oubli, ou par des raisons parulières qui ont empêché de la porter dans le npte, peut-être parce qu'elle pouvait donner u à des difficultés que l'on voulait éviter dans moment.

Cependant Papinien, dans la loi *Procula*, 26, *de probationib. et præsumpt.*, décide qu'il a libération par suite de présomption de nise tacite, si les trois circonstances suintes concourent : 1° lorsque le créancier et débiteur étaient unis par les liens du sang un degré très-rapproché (dans l'espèce, ils ient frère et sœur); 2° lorsqu'il y a eu pluurs comptes réglés entre eux sans que la éance dont il s'agit y ait été mentionnée; enfin lorsque le créancier est mort sans en oir demandé le payement. Cette présomption pourrait être considérée aujourd'hui que comme une simple présomption de fait, attendu que le Code ne la consacre point comme présomption légale. Elle serait du nombre de celles que la loi abandonne à la sagesse du magistrat, mais par cela même elle ne pourrait servir de base à sa décision que dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales. (Article 1353.) (1)

§ V.

Effet de la remise par rapport aux codébiteurs solidaires et aux cautions.

371. La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. (Art. 1285.)

372. Et même, dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. (*Ib.*)

Et si parmi les autres il s'en trouve d'insolvables, la portion des insolvables est contributoirement répartie entre tous les débiteurs, y compris celui qui a été déchargé de la solidarité par la remise (art. 1215); par conséquent, c'est au créancier à supporter dans la perte la portion que le débiteur déchargé aurait eue à supporter lui-même.

C'est ce qui a été expliqué en traitant de la solidarité, au tome précédent.

373. La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions (art. 1287); car il ne peut plus y avoir de cautionnement lorsqu'il n'y a plus de dette. Et lors même que, par une nouvelle convention, le débiteur renoncerait au bénéfice de la remise, la caution n'en serait pas moins libérée, suivant ce que nous avons dit au tome V, n° 539 (2).

374. La remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal (même article),

1) * *V.* Brux., 23 juillet 1821 ; J. de B., 1821, 1, 40.
2) *Veriùs est semel adquisitam fide jussori pacti exceptionem, ulteriùs ei invito extorqueri non posse.* (L. 62, ff. *de pactis.*)

attendu que la dette peut très-bien subsister sans cautionnement.

375. Enfin la remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres. (Art. 1287.) Mais comme les cofidéjusseurs qui auraient à payer la dette ne pourraient exercer contre celui qui a été déchargé par la remise le recours que leur accorde l'art. 2033, et que, d'après l'art. 2037, le créancier est responsable envers les cautions de la perte ou de la diminution de ses actions résultant de son fait, il s'ensuit que, lors même que les cofidéjusseurs auraient renoncé au bénéfice de division, il ne pourrait les poursuivre que sous la déduction de la part de celui qu'il a libéré par la remise, et que s'il y en avait d'insolvables, il devrait supporter la portion que ce cofidéjusseur eût eue à supporter lui-même dans la perte. Il y a même raison que dans le cas de dette solidaire.

Mais nous entendons par cofidéjusseurs ceux qui se sont obligés par un même acte au payement de la même dette; car la décharge donnée à une caution qui ne se serait obligée que depuis l'engagement d'une autre, ne diminuerait point l'obligation de cette dernière, parce qu'en s'engageant elle n'a point compté ni dû compter sur la coopération de la caution déchargée : aussi n'aurait-elle pas à son égard le bénéfice de division (1); et Pothier décidait comme nous, que cette caution ne pouvait pas opposer au créancier l'exception *cedendarum actionum* pour avoir déchargé l'autre caution, dont l'engagement était postérieur au sien.

376. Lorsque la remise faite au débiteur résulte d'un concordat en forme, passé entre lui et ses créanciers, dans le cas de faillite, nous avons dit au tome V, n° 540, que la caution ne pouvait s'en prévaloir pour se prétendre libérée jusqu'à concurrence de la portion remise, parce que cette remise n'est point volontaire; qu'elle n'a lieu que pour tirer le meilleur parti de la créance; qu'elle est faite en considération de la position particulière du débiteur, et par conséquent qu'elle ne produit qu'une exception personnelle, que la caution ne peut invoquer.

(1) *Voyez* tome précédent, n° 186, vers la fin.

Enfin la dette subsiste toujours naturellement pour la partie remise, et cela suffit pour que le cautionnement ait encore un fondement, et pour repousser l'objection tirée de ce que la caution ne peut être obligée en plus que le débiteu principal. Il en est de ce cas comme de celui d'un mineur dont l'obligation a été réduite pou cause de minorité, en vertu de l'art. 485 : la caution ne pourrait prétendre profiter de la réduction; l'art. 2012 s'y opposerait.

Cette décision a toutefois fait difficulté dans l'ancien droit. Pothier cite deux anciens arrêts l'un, rendu au parlement de Paris, et qui es le 114ᵉ du Recueil de Montholon, l'autre, au parlement de Rouen, rapporté par Basnage qui ont jugé, au contraire, que la caution doi profiter du bénéfice du contrat d'atermoiement attendu qu'elle ne peut être obligée en plu que le débiteur principal; que d'ailleurs il se rait injuste qu'après avoir payé la partie remise elle n'eût pas de recours à exercer contre l débiteur pour cette partie, et que si elle devai en avoir un, ce recours empêcherait le débi teur de profiter du traité; qu'en admettan même que la caution dût subir la loi commune et faire en conséquence une remise semblabl sur ce qu'elle aurait payé pour la partie remis au débiteur, celui-ci ne profiterait pas de cet remise en son entier : par exemple, si on l avait remis 50 pour 100, et que la caution fi obligée de payer ces 50, comme elle pourrai dans ce système, réclamer 25 sur les 50 qu'el a déboursés, le débiteur se trouverait en d finitive avoir payé 75, tandis qu'à raison de s position il ne devait payer que 50 de cet même dette, comme il n'eût payé que cela s n'y avait pas eu de cautionnement, ou si caution eût payé la dette en totalité avant traité, et fût venue à la place du créancier.

Mais le parlement de Paris lui-même a jug par arrêt du 22 mai 1682, rapporté à sa da dans le *Journal du Palais*, que la caution peut invoquer le contrat d'atermoiement, tendu que la remise qui en résulte est une mise forcée. Dans l'espèce, le créancier n'av point consenti au concordat.

La L. 58, § 1, ff. *mandati vel contrà*, di tinguait à cet égard : si le créancier avait co senti au traité, la caution pouvait l'invoque

ans le cas contraire, les droits du créancier aient intacts contre elle, quoiqu'il fût d'ailurs obligé de faire au débiteur la même reise que les autres créanciers.

C'est, entraîné par cette décision et par l'aurité de Cujas (1), que nous avions nous-même, ans notre *Traité des contrats*, etc. (nos 390 et ivants), distingué aussi entre les cas où le éancier n'est point intervenu au traité ou n'y t intervenu qu'avec réserve de tous ses droits ntre la caution, et le cas où il l'a consenti rement et simplement: dans le premier, sions-nous, il a encore tous ses droits contre caution; mais dans le second, la caution est échargée de la partie remise.

Aujourd'hui nous reconnaissons que, même ans le cas où le créancier a donné sa voix au ncordat sans faire de réserve contre la cauon, cette caution ne peut se prétendre décharée pour la partie remise; car un acte de cette ature est toujours consenti en considération la position personnelle du débiteur: c'est ne remise forcée; il ne doit en conséquence roduire qu'une exception personnelle, semlable à celle d'un mineur cautionné par un ajeur.

377. Mais nous n'appliquons point cette désion au cas d'un traité quelconque passé entre n débiteur et ses créanciers sans l'emploi des rmalités prescrites pour la formation et la vadité des concordats, et par cela même, dans droit actuel, au cas d'un traité fait avec un on-commerçant; car un non-commerçant n'a as aujourd'hui le droit de faire, avec la majorité eulement de ses créanciers, quoique réunisant d'ailleurs par leurs créances la presque otalité des sommes dues, un traité ou concorat obligatoire pour ceux qui n'y donnent point eur consentement (2). La remise serait donc éputée volontaire, et par cela même elle profierait à la caution, conformément à l'artile 1287; comme elle profiterait, dans le même as, aux codébiteurs solidaires, si le créancier 'avait réservé, et la faisant, ses droits contre ux, suivant ce qui a été dit au tome précédent ° 226.

378. Dans le cas d'un concordat fait par un débiteur failli avec ses créanciers, et par lequel ils lui ont remis par exemple 50 p. 100, et accordé des termes pour le surplus, il y a quelque difficulté relativement à la caution qui a été forcée, suivant ce qui vient d'être dit, de payer ensuite la partie remise au débiteur; a-t-elle un recours à exercer contre lui pour ce qu'elle a payé? Mais alors il ne profiterait point du concordat quant à cette dette; et lors même qu'on devrait dire, avec Pothier, que la caution doit subir la loi commune, c'est-à-dire, dans l'espèce, faire remise de 50 p. 100 sur ce qui lui serait dû, le débiteur ne profiterait pas non plus du concordat suivant sa teneur, puisqu'en définitive il aurait à payer 75 p. 100, tandis qu'il ne devait payer que 50.

D'un autre côté, il est bien rigoureux de déclarer la caution sans droit contre le débiteur, car elle a payé pour lui 50 p. 100. Qu'on l'obligeât à faire aussi une remise semblable à celle qui a été faite par le concordat, on le concevrait à la rigueur: elle subirait la loi commune, quoique assurément la chose ne fût pas sans difficulté, attendu que la caution n'a point figuré à cet acte, et qu'en réalité elle n'est même devenue créancière du failli que du jour seulement où elle a payé, c'est-à-dire, dans l'espèce, postérieurement au concordat. Mais du moins ce serait là un de ces termes moyens auxquels on est quelquefois obligé de recourir pour concilier ce que demande l'équité avec les conséquences des principes du droit pur; et d'ailleurs la caution se trouverait avoir par là ni plus ni moins que si elle avait payé ces 50 p. 100 avant la faillite; car, dans ce cas, elle eût figuré au concordat comme les autres créanciers, de la même manière qu'elle figure avec eux dans les distributions de deniers pour tout ce qu'elle se trouve avoir payé à la décharge du débiteur. (Art. 538, Cod. de comm.) Mais la déclarer tout à fait sans droit, cela semble, encore une fois, infiniment rigoureux, et contraire à la nature des principes du cautionnement.

Cependant l'on est bien obligé de le décider ainsi, pour que le concordat produise au profit

(1) *Voyez* Cujas sur cette loi.

(2) *Vide suprà*, no 243, et tome précédent, no 226.

du débiteur tous les effets qu'il doit produire; et en envisageant la question sous toutes ses faces, l'on peut dire que si la caution eût payé tout ou partie de la dette avant la faillite, ou même depuis, mais avant la vérification et l'admission des créances, le débiteur n'aurait eu à lui payer, comme aux autres créanciers, que la quotité fixée par le concordat, et il n'eût toujours payé sur cette dette, comme sur les autres, que 50 p. 100 seulement : or, sa position doit-elle être aggravée par la seule considération que la caution n'a payé que depuis le concordat? Et celle de la caution doit-elle être meilleure que si cette caution eût payé toute la dette avant la faillite? Or, si elle eût payé toute la dette avant la faillite, elle eût également perdu 50 p. 100. Il est vrai que si elle n'eût payé que la moitié de la dette avant la faillite, elle eût recouvré 50 p. 100 sur ses déboursés, et sa position eût été différente, dans cette hypothèse, de ce qu'elle est lorsqu'elle n'a payé la partie remise que depuis le concordat; mais cela résulte de la force des choses, de ce qu'il y a nécessité que le débiteur retire du concordat les avantages qu'il a eu pour but de lui assurer en considération de sa position personnelle.

Il y a encore une autre raison qui doit le faire décider ainsi, malgré ce que cette décision, on le sent bien, paraît avoir de rigoureux: c'est qu'il ne doit pas dépendre du créancier de changer la position respective du débiteur et de la caution depuis la faillite; or, il la changerait à son gré, en se faisant ou non payer par elle avant la conclusion du concordat; car, s'il était payé par elle, cette caution prendrait sa place dans le traité, et elle ne toucherait que 50 p. 100 sur ce qu'elle aurait déboursé, comme les autres créanciers, et le débiteur n'aurait toujours à payer que cette quotité. Dans le cas, au contraire, où le créancier ne se ferait payer par la caution la partie remise qu'après le concordat, cette caution exerçant ensuite son recours contre le débiteur, soit pour toute la somme payée par elle, soit seulement pour une partie, si l'on décidait que le concordat est obligatoire aussi pour elle, en réalité le débiteur ne profiterait point du bénéfice de ce traité quant à cette dette, ou il n'en profiterait qu'en partie, tandis qu'il doit en profiter intégralement, car ce n'est toujours que la même dette; et si l'on peut dire que la caution n'est réellement devenue créancière que du jour où elle a payé, il n'est pas moins vrai, d'un autre côté, que le principe de l'obligation du débiteur envers elle était dans le cautionnement même, quoique l'effet de cette obligation ne se soit réalisé que longtemps après; par conséquent, c'était une obligation antérieure à la faillite, et qui n'avait d'autre objet que celui de l'obligation principale elle-même. Enfin le système contraire deviendrait funeste aux autres créanciers, qui n'ont consenti le concordat à telle et telle condition qu'en considération de la position du débiteur; l'avoir de celui-ci ne suffirait plus pour leur payer la quotité conservée par le traité, puisque les créances garanties par cautionnement feraient double emploi.

La question a été jugée en ce sens par arrêt de cassation du 22 mars 1814 (1), en matière de lettres de change; mais la raison est la même dans les cautionnements ordinaires. Voici l'espèce :

Le sieur Volquart, négociant à Gand, avait tiré sur le sieur Jean de Mulders, négociant à Amsterdam différentes lettres de change que celui-ci avait acceptées.

Volquart fit faillite, sans avoir fait de provision pour le payement de ses traites, en sorte que Mulders, obligé solidaire à raison de son acceptation (art. 140, Code de comm.), n'était à son égard qu'une caution ordinaire. (Art. 1216 Code civil.)

Volquart traita avec ses créanciers; ceux-ci consentirent à l'extinction totale de leurs créances respectives, moyennant le payement de 30 pour cent. Ce traité fut homologué.

De Mulders fut lui-même obligé de faire faillite; il traita aussi avec ses créanciers, et s'obligera de leur payer 50 pour cent.

Lors de sa faillite, les traites de Volquart acceptées par lui, et montant à 49,946 frrancs n'étaient point encore acquittées.

Les porteurs de ces traites eurent, suivant l'article 534 du Code de commerce, à recevoir 30 pour cent dans la masse de Volquart, tireur

(1) *Bull.*, année 1814, n° 48.

50 pour cent dans celle de Mulders, accep-
ur : ils reçurent, dans chacune de ces masses, dividende qu'elle devait fournir.

Mulders ayant été forcé de payer aux por-
urs de ces traites, 24,973 francs, formant s 50 pour cent de ses acceptations, demanda Volquart le payement de 7,492 francs, fai-
nt les 30 pour cent de la somme par lui payée.

Volquart opposa à cette demande que, par n traité, devenu obligatoire pour tous ses éanciers, il avait été libéré de tous ses enga-
ments, à la charge de payer trente pour cent chacune de ses dettes; qu'il avait payé ce vidende aux porteurs des traites en ques-
on, et que ceux-ci avaient droit de recevoir ce vidende, suivant l'art. 534 déjà cité; qu'ainsi on ne pouvait plus rien exiger de lui à raison s mêmes traites.

La cour de Bruxelles ayant condamné Vol-
iart à payer, celui-ci s'est pourvu en cassation, la cour s'est déterminée par les motifs sui-
nts :

« Considérant que le traité fait entre un failli et ses créanciers, par lequel ceux-ci accor-
dent à leur débiteur failli l'extinction totale de leur créance, moyennant le payement d'un dividende convenu, et déterminé, emporte nécessairement la remise du surplus des créances; en sorte que, sous quelque prétexte que ce soit, personne ne peut obliger ce dé-
biteur à payer au delà du dividende reve-
nant à chaque créancier;

» Que, d'après l'homologation, semblable traité devient obligatoire pour et envers tous les créanciers;

» Qu'encore bien qu'il puisse exister plu-
sieurs coobligés solidaires au payement d'une lettre de change, comme le tireur et l'accep-
teur, la dette du tireur est cependant unique; qu'ainsi, quand il est convenu par le traité qu'il en sera libéré en payant trente pour cent, il ne doit plus que ce dividende, et on ne peut rien exiger de lui au delà; que si l'ac-
cepteur n'est pas libéré, c'est que son obli-
gation particulière subsiste, et qu'il faut qu'il l'exécute;

» Que l'article 534 du Code de commerce dispose que le créancier porteur d'engage-
ments solidaires entre un failli et d'autres » coobligés qui sont en faillite, participe aux » distributions dans toutes les masses, jusqu'à » son parfait et entier payement; mais que ni » cet article ni aucun autre, ne dit ni donne » lieu d'induire que les masses auront succes-
» sivement recours les unes vers les autres; et » qu'en effet ces recours entraîneraient l'annu-
» lation des concordats; que les créanciers exi-
» gent du débiteur failli tout ce qu'il peut » payer; que, quand ils ont traité avec lui à » trente pour cent, c'est qu'ils ont reconnu qu'il » ne pouvait payer davantage; que si, à raison » de quelque créance, on pouvait exiger plus, » le failli serait dans l'impuissance d'exécuter » son traité;

» Que l'accepteur qui s'oblige solidairement » avec le tireur, n'ignore pas que, si celui-ci » faillit, il demeurera obligé, quoique le tireur, » ayant fait faillite et ayant traité légalement » avec ses créanciers, soit entièrement libéré » de la dette, en payant le dividende convenu; » qu'il n'ignore pas que de ce traité même naîtra » pour le débiteur failli une exception person-
» nelle contre toute demande qui pourrait lui » être faite, pourvu qu'il justifie avoir payé le » dividende convenu au porteur de la traite, » qui avait le droit de la recevoir dans sa masse;

» Que, dans l'espèce, il est reconnu que Vol-
» quart a traité avec ses créanciers à trente pour » cent, que son traité a été homologué, qu'il a » payé le dividende de trente pour cent aux » porteurs de ses traites; d'où il résulte qu'en » le condamnant à payer, à raison des mêmes » traites, 7,492 francs à De Mulders, la cour de » Bruxelles a contrevenu à l'article 524 du Code » de commerce et aux principes qui assurent » la libération du failli en payant le dividende » convenu par un traité légalement fait; par ces » motifs, la cour casse, etc. »

Ainsi, la question paraît décidée *in terminis* par la cour de cassation.

379. Suivant l'article 1288, ce que le créan-
cier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

« On a craint, disait l'orateur du gouverne-
» ment, au corps législatif, que le système con-

» traire ne fût un moyen de fraude à l'égard des » autres cautions, si le créancier et la caution » s'entendaient pour que la somme payée ne fût » pas imputée sur la dette. »

Nous avouerons qu'il nous est impossible de saisir comment cela pourrait être un moyen de fraude à l'égard des autres cautions, puisque, en convertissant à titre d'indemnité pour la décharge de son cautionnement, ce que cette caution aurait réellement payé sur la dette, elle se serait mise par cela même hors d'état d'exercer aucun recours contre ses cofidéjusseurs, n'en ayant libéré aucun.

La seule raison plausible que l'on puisse donner de cette disposition, c'est qu'il n'a pas paru juste qu'un créancier, d'ailleurs assuré, à raison de la parfaite solvabilité du débiteur, de toucher le montant de sa créance, pût retirer quelque chose en sus, en faisant acheter à une caution la décharge d'une responsabilité qui l'inquiète peut-être. Mais, au fond, cette disposition n'est pas à l'abri de critiques bien fondées : elle est contraire aux principes qui régissent les contrats aléatoires; car, comme la caution aurait supporté l'insolvabilité du débiteur, si celui-ci fût tombé en déconfiture, le créancier qui prend sur lui ce danger et qui fait ainsi une espèce de contrat d'assurance, en donnant décharge du cautionnement, devrait raisonnablement recevoir un prix en retour, et cependant il n'en reçoit aucun; il ne court que la chance de perdre, puisque, par l'effet de l'imputation sur la dette, il ne peut jamais avoir au delà de son montant. On conçoit, d'après cela, qu'il ne fera jamais une semblable convention; et, s'il la faisait, ce ne pourrait être que par libéralité envers la caution, ou par composition, dans la crainte qu'elle ne devînt ensuite insolvable, ou ne prît des mesures pour éluder les poursuites qui seraient dirigées contre elle.

Quant à l'objection qu'il ne serait pas juste que le créancier retirât quelque chose en sus de sa créance, nous reconnaissons qu'elle n'est pas sans quelque force dans le cas où le débiteur serait parfaitement solvable, qu'il n'y aurait aucun danger à courir pour le créancier; que ce serait seulement pour faire acheter sa décharge à une caution craintive, ou qui a besoin de montrer qu'elle est dans une position parfaitement nette, pour pouvoir traiter avec des tiers; mais lorsque la solvabilité du débiteur est douteuse au moment du traité, ou lorsque la dette est à une longue échéance, cas dans lequel cette solvabilité peut venir à diminuer, alors l'objection n'a réellement plus de force, et Pothier, qui est de notre sentiment, y avait répondu d'avance, en disant que ce que le créancier a reçu de la caution, il ne le retiendrait pas *sine causâ*, indépendamment du montant de la dette reçue ensuite du débiteur, puisque ce serait le prix d'un risque qu'il avait pris sur lui, et dont il avait affranchi la caution; *sed statuit lex.*

SECTION IV.

DE LA COMPENSATION ET DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES.

SOMMAIRE.

380. *La compensation est l'extinction des dettes dont deux personnes sont réciproquement débitrices l'une envers l'autre.*
381. *Elle s'opère de plein droit dans les cas et sous les conditions requises par la loi.*
382. *Elle est opposée comme moyen de libération, avec le même effet qu'un payement.*
383. *Il arrive toutefois souvent qu'une des parties seulement peut l'opposer à l'autre.*
384. *Conditions générales requises pour la compensation de plein droit.*
385. *Il faut que les dettes aient pour l'objet des choses de même espèce, parce que la compensation n'est pas un échange.*
386. *Quand les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, il est fait raison des frais de la remise, s'il y échet; mais la compensation n'en peut pas moins s'opérer de plein droit.*
387. *La compensation s'opère facilement de plein droit quand les deux dettes sont de choses ou de denrées de même espèce et de même qualité.*
388. *Elle a lieu aussi quoique les payements ne dussent pas se faire en un même endroit, mais alors il est fait raison de la diffé-*

rence dans le prix des choses, s'il y en a.

89. *Les prestations en denrées non contestées, et dont le prix est fixé par les mercuriales, se compensent avec des sommes liquides et exigibles.*

90. *La compensation s'opère même de plein droit comme dans les autres cas.*

91. *Des dettes de choses de même espèce, mais de qualité différente, ne se compensent pas, sauf aux parties à s'arranger à l'amiable.*

92. *La dette de choses dues in* genere *ne se compense pas de plein droit avec une dette de choses déterminées quoique de la même espèce.*

93. *Les dettes de corps certains ne s'éteignent point par compensation.*

94. *Sens exact des mots* choses fongibles.

95. *La compensation de plein droit peut même avoir lieu entre des dettes de droits immobiliers de même espèce et portant sur la même chose.*

96. *Elle peut avoir lieu aussi dans les obligations qui ont pour objet des faits de même nature.*

97. *Pour que la compensation ait lieu de plein droit, il faut que les deux dettes soient liquides : ce qu'on entend par dettes liquides.*

98. *La circonstance que l'une des dettes serait par billet, et que le débiteur dénierait sa signature, ne serait pas généralement un obstacle à la compensation de plein droit.*

99. *Mais en général les dettes pour administration de tutelle ou autre gestion, ne se compensent pas de plein droit tant que le compte n'est pas arrêté.*

00. *Il faut que les dettes soient exigibles.*

01. *Le terme de grâce n'est toutefois pas un obstacle à la compensation même de plein droit.*

02. Secùs *du terme accordé par un concordat.*

03. *Les dettes suspendues par une condition ne sont pas compensables.*

04. *Mais une condition résolutoire non encore accomplie ne fait point obstacle à la compensation.*

05. *On ne peut, en général, opposer en compensation une dette de jeu ou ce qui a été convenu pour un pari.*

406. *Ni une dette simplement naturelle.*

407. *Application du principe aux remises faites par un concordat à un failli qui est ensuite devenu créancier de ceux qui les lui ont faites.*

408. *Une dette prescrite ne peut non plus être opposée en compensation, si la prescription est arrivée avant l'accomplissement des conditions requises pour la compensation légale.*

409. *Les rentes viagères ne sont point compensables avec d'autres dettes, sauf en ce qui concerne les arrérages échus lorsque la rente n'a point été donnée ou léguée à titre d'aliments.*

410. *Les rentes perpétuelles peuvent être opposées en compensation, sous certaines distinctions ; mais la compensation n'a pas lieu de plein droit : conséquence.*

411. *Lorsque l'une des dettes n'est devenue exigible que parce que celui qui la doit a diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier, celui-ci peut l'opposer en compensation, mais la compensation n'a pas lieu non plus de plein droit.*

412. *Lorsque c'est par la faillite de l'une des parties que sa dette est devenue exigible, si cette dette est commerciale, l'autre partie ne peut pas l'opposer en compensation à la masse, pour se dispenser de payer sa propre dette.*

413. *Il faut que les dettes existent entre les deux parties dont l'une oppose la compensation à l'autre, en sorte qu'un tiers ne peut, pour éteindre ma dette, opposer à mon créancier la compensation de ce que celui-ci lui doit.*

414. *Proposition générale, relative aux dettes dues à l'administrateur ou par l'administrateur des biens du débiteur ou du créancier.*

415. *Cas dans lesquels un mari, pour éteindre sa dette, peut faire valoir la créance de sa femme sur le créancier.*

416. *Et cas dans lesquels le créancier de la femme, débiteur du mari, ne peut oppo-*

ser à celui-ci la compensation à raison de sa créance sur la femme.

417. *Je ne puis opposer à un tuteur, mon créancier, la compensation de ce que me doit le mineur.*

418. *En sens inverse, un tuteur, mon débiteur, ne peut, pour éteindre sa dette, m'opposer la compensation de ce que je dois au mineur; ce qu'il peut ou doit faire dans ce cas pour conserver les droits du mineur.*

419. *Application du principe aux dettes pour impôts et autres droits dus à l'État, lorsque celui qui les reçoit est débiteur de celui qui le doit.*

420. *Si l'on peut opposer la compensation à l'État, à des villes ou communes, établissements publics et corporations. Distinctions à faire.*

421. *L'héritier pur et simple et son auteur ne font qu'une seule et même personne: conséquence quant à la compensation; cas où il a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire.*

422. *La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur.*

423. *Même dans le cas où elle s'est obligée solidairement avec lui.*

424. *Le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.*

425. *La caution peut faire valoir pour sa décharge ce que le créancier lui doit; mais la compensation ne s'opère pas de plein droit dans ce cas: conséquence.*

426. *Un fidéjusseur ne peut opposer au créancier la compensation de ce que celui-ci doit au cofidéjusseur.*

427. *Mais si la compensation a été opposée par ce dernier, la dette est éteinte à l'égard de tous, même à l'égard du débiteur, sauf le recours tel que de droit.*

428. *Renvoi au tome précédent quant à la compensation opérée entre l'un des créanciers solidaires et le débiteur.*

429. *Si l'art. 1294, en disant que l'un des débiteurs solidaires ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à l'un des codébiteurs, est bien conforme aux principes dans le droit français.*

430. *La compensation doit pouvoir être opposée pour la part du codébiteur dans la dette, sauf le cas où ce codébiteur ne serait qu'une caution par rapport à celui qui est poursuivi.*

431. *Si l'un des débiteurs poursuivi par le créancier a obtenu congé de la demande, à raison de la compensation opposée de son chef, la dette solidaire est éteinte par rapport à tous les codébiteurs.*

432. Quid *quant aux créances d'une société sur le créancier de l'un des associés ou* vice versâ.

433. *Le débiteur qui a accepté purement la cession faite par le créancier, ne peut opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant avant l'acceptation du transport.*

434. *Et il ne pourrait ensuite, en exerçant sa créance éteinte de droit par la compensation, faire valoir les priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'eût, lors de l'acceptation du transport, une juste cause d'ignorer l'existence de sa créance.*

435. *Et même, dans ce cas, le cessionnaire ne pourrait exercer les priviléges et hypothèques attachés à la créance cédée, parce qu'elle a été éteinte.*

436. *Seulement le débiteur se trouve personnellement obligé par son acceptation du transport; cela souffre encore quelques modifications.*

437. *A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été notifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.*

438. *Ainsi que des créances antérieures, mais qui ne réunissaient point alors les conditions requises pour pouvoir être opposées en compensation au cédant.*

439. *Mais si la créance du débiteur réunissait ces conditions au moment de la notification qui lui a été faite, il pourrait opposer la compensation au cessionnaire, quoique la créance cédée ne les réunît pas.*

40. *Le débiteur d'un effet de commerce ne peut opposer au porteur la compensation à raison de ce que lui devrait le souscripteur ou le tireur de l'effet, ou tel ou tel des endosseurs, sauf quelques cas d'exception.*

41. *Lorsqu'il y a eu plusieurs cessions successives d'une obligation civile, le débiteur auquel elles ont seulement été signifiées peut généralement opposer au dernier cessionnaire la compensation qu'il a pu opposer à tel ou tel des cédants, et à raison aussi des créances qu'il a sur lui.*

42. *Celui qui étant débiteur est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite entre ses mains par un tiers, ne peut opposer à celui-ci la compensation qu'il n'eût pu alors opposer au créancier.*

43. *Mais il peut toutefois venir avec les saisissants par contribution, lors même que sa créance ne serait née que depuis la saisie.*

44. *Celui qui achète un immeuble hypothéqué ou qui se rend adjudicataire dans une vente faite d'autorité de justice ou par expropriation, ne peut opposer en compensation de son prix, aux créanciers hypothécaires ou aux saisissants, ce qui lui est dû par le vendeur ou débiteur dépossédé, sauf à lui à venir par contribution avec les saisissants non hypothécaires ou privilégiés.*

45. *Règle générale, la compensation a lieu quelles que soient les causes de l'une et l'autre dette, et quelle que soit la qualité des parties.*

46. *Exceptions à l'égard d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé, ou confiée à titre de commodat ou de dépôt, et à l'égard d'une dette d'aliments déclarés insaisissables.*

47. *Lois romaines d'où ont été tirées la plupart de ces exceptions.*

48. *Objection faite sur les cas de prêt à usage et de dépôt, et réponse à l'objection.*

49. *La compensation peut du reste être opposée sur le jugement qui condamne aux dommages-intérêts faute de restitution de la chose, parce que c'est l'exécuter comme par payement.*

450. *Le dépositaire peut retenir la chose déposée jusqu'à ce qu'il ait été remboursé des dépenses qu'il a faites pour la conserver;* secùs *en matière de commodat.*

451. *Les dons et legs pour aliments étant déclarés insaisissables par la loi, quoique l'acte de donation ou le testament ne contienne pas la clause d'insaisissabilité, celui qui les doit ne peut, en général, opposer la compensation à celui auquel ils sont dus.*

452. *Application du principe aux dons et legs annuels faits aux hospices et autres établissements de charité.*

453. *Le débiteur des aliments peut toutefois opposer la compensation de ce qui lui est dû pour la nourriture du créancier.*

454. *Lorsque toutes les conditions se rencontrent dans l'une et l'autre dette, la compensation les éteint de plein droit jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, avec tous leurs accessoires.*

455. *S'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles sur l'imputation légale : conséquence à l'égard des tiers.*

456. *Celui dont la dette était éteinte de droit par la compensation, et qui a mieux aimé la payer, ne peut plus faire valoir les priviléges et hypothèques attachés à sa créance, à moins qu'il n'eût une juste cause d'en ignorer l'existence lorsqu'il a payé sa dette.*

457. *Le principe et l'exception s'appliquent aussi au cautionnement.*

458. *Mais le principe ne s'applique pas au cas où la compensation ne s'était point alors opérée de plein droit, encore que celui qui a payé sa dette eût pu l'opposer, parce que sa créance particulière réunissait les conditions requises, tandis que l'autre ne les réunissait pas.*

459. *On peut faire valoir la compensation en appel comme en première instance, et même après le jugement, comme moyen d'exécution de ce jugement.*

460. *Pourvu toutefois, si elle avait été opposée*

dans l'instance, que le juge ne l'eût pas écartée pour défaut de dette légitime.

461. *Ce qu'on entend par* reconvention.

462. *Dans la coutume de Paris, il fallait que la demande en reconvention fût fondée sur des faits connexes à ceux qui servaient de base à la demande principale.*

463. *Les canonistes n'exigeaient pas cette condition.*

464. *On ne peut pas l'exiger non plus aujourd'hui, en sorte que les demandes en reconvention et les demandes à fins de compensation se confondent volontiers.*

465. *Comment on procède pour faire reconnaître la compensation lorsque l'une des parties ne tient aucun compte de celle qui s'est opérée, ou de celle que l'autre partie a personnellement le droit de lui opposer.*

466. *Si le tribunal saisi de la demande principale n'était pas, à raison de quelque circonstance, compétent pour connaître de l'existence ou de la validité de la dette opposée en compensation, le renvoi de la demande incidente devrait être prononcé.*

380. La compensation est l'extinction des dettes dont deux personnes sont réciproquement débitrices l'une envers l'autre, dans les cas prévus par la loi. (Art. 1289.) *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.* (L. 1, ff. *de compensationibus.*)

Ce mode d'extinction des obligations est fondé sur ce qu'il est plutôt de l'intérêt de chacune des parties d'éteindre sa dette par le moyen de sa créance, que de solder la première pour ensuite se faire payer de la seconde; on évite par là des traditions inutiles : *Nam*, dit le jurisconsulte Balde, *quod potest breviùs per unum actum expediri compensatio incassum protraheretur per plures solutiones et repetitiones.* C'est une sorte d'imputation que chacune des parties fait de ce qu'elle doit sur ce qui lui est dû : elles se payent à elles-mêmes. Mais il faut pour cela que les choses dues soient de même espèce, puisqu'une dette doit être acquittée par le payement de la chose due, et non par le payement d'une chose différente.

381. Par ces motifs, la loi fait produire à la compensation ses effets de plein droit, même à l'insu des parties, et même malgré elles (article 1299), de manière que les deux dettes sont éteintes, *ipso facto*, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. (Art. 1290.)

382. Il faut sans doute que celui qui est poursuivi en justice en payement de sa dette, nonobstant la compensation qui l'a éteinte, *allègue* que la compensation a eu lieu, car le juge ne peut le deviner, mais cela n'empêche point qu'elle ne se soit opérée de plein droit, si toutes les conditions requises par la loi se sont trouvées remplies : le juge alors ne fera que déclarer ce fait, et en conséquence que la dette a été éteinte à telle époque, du moins jusqu'à concurrence de son montant, si elle est inférieure à celle du demandeur : en sorte que de ce moment les intérêts auront cessé de courir pour l'une et l'autre dettes dans cette proportion, les priviléges et les hypothèques auront été effacés, et les cautions libérées dans la même proportion; et si la créance du défendeur était aussi forte que celle du demandeur, celui-ci serait condamné aux dépens, puisqu'il ne lui était plus rien dû.

383. Mais il arrive souvent que l'une des créances réunit toutes les conditions requises pour la compensation, tandis que l'autre ne les réunit pas, par exemple parce qu'elle n'est pas liquide, ou que le terme n'en est pas encore échu, ou parce que l'une des dettes est d'un certain nombre de choses indéterminées, et l'autre d'un nombre de choses de la même espèce, mais dues déterminément : l'une des parties peut bien faire valoir la compensation, mais l'autre ne le peut dans plusieurs de ces cas; en sorte que la compensation est facultative. Nous en signalerons un assez grand nombre dans l'explication de la matière, et nous ferons ressortir les différences qu'il peut y avoir dans les résultats, d'avec les cas où la compensation s'opère de plein droit.

Nous parlerons ensuite de la demande reconventionnelle.

Art. Ier.

uelles sont les conditions requises pour que la compensation ait lieu de plein droit?

584. Pour que les dettes soient éteintes de ein droit par la compensation, il faut qu'elles unissent les cinq conditions suivantes :

1° Qu'elles aient toutes deux pour objet une mme d'argent ou une certaine quantité de oses fongibles de la même espèce (1);

2° Qu'elles soient l'une ou l'autre liquides;

3° Qu'elles soient toutes deux exigibles;

4° Que l'une d'elles soit due à la personne i invoque la compensation, et l'autre à la rsonne à qui la compensation est opposée;

Et 5°, que les dettes, ou l'une d'elles, ne ient pas du nombre de celles exceptées par la i.

La réunion de toutes ces conditions fait que compensation s'opère de plein droit, même 'insu des parties, et les dettes sont éteintes squ'à concurrence de leurs quotités respeces.

Analysons chacune de ces conditions en parulier.

emière condition : *que les deux dettes aient généralement pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce.*

585. La compensation n'est point un échange; e est au contraire l'image d'un payement; il it donc, pour qu'elle ait lieu, que l'objet de acune des dettes puisse servir au payement l'autre; il faut que les choses dues soient *gibles,* c'est-à-dire que chacune d'elles puisse re la *fonction* d'éteindre l'autre dette : *res ngibiles sic dicuntur, quia una vice alterius ngitur.*

Compensatio debiti ex pari specie, *licet ex usâ dispari admittitur.* (Paul 2, *sentent.* 5, .)

586. La compensation s'opère sans difficulté lorsque les dettes, alors exigibles, sont l'une et l'autre d'une somme d'argent; mais l'article 1296 porte que si elles ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

M. Toullier a écrit (2) que « cette compen- » sation ne produit donc son effet que du jour » où elle est *opposée,* avec offre d'une somme » pour frais de remise. Vous me devez, dit-il, » une somme de 1,000 fr. payable à Rennes, » je vous en dois une payable à Rome : la com- » pensation de ces deux sommes ne se fait pas » de plein droit; mais si je vous demande les » 1,000 fr. que vous devez me payer à Rennes, » vous pouvez m'opposer la compensation des » 1,000 fr. que je vous dois à Rome, en of- » frant l'escompte nécessaire pour faire passer » cette somme à Rome. »

C'est là une erreur dont les conséquences pourraient être graves. La compensation, au contraire, s'opère de plein droit dans ce cas comme dans celui où les dettes sont payables au même lieu, attendu que la diversité des lieux où elles sont payables est une circonstance qui ne tient point à la *nature* des choses dues, et que le Code (art. 1290) n'exige pas d'autres conditions pour que la compensation s'opère de plein droit, même à l'insu des parties, si ce n'est que les dettes soient toutes deux d'une somme ou d'une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce. Aucun des articles qui traitent de la matière ne parle en effet de la circonstance de ce que les dettes ne seraient pas payables dans le même lieu, comme faisant obstacle à la compensation de plein droit; seulement la loi veut que dans ce cas il soit fait raison des frais de la remise. M. Toullier s'est évidemment laissé entraîner à cette décision par ces mots : *on n'en peut opposer la compensation,* etc.; mais ces expressions ne signifient point que la compensation, dans ce cas, ne peut être que facultative; pas plus que dans l'art. 1294, elles ne signifient que la compensation que la caution *peut opposer* à raison de ce que le créancier doit au débiteur principal,

1) Sauf la modification apportée par le second alinéa l'art. 1291.

(2) VII, no 400.

est simplement laissée à la libre volonté du débiteur ou de la caution; au contraire, elle s'opère incontestablement de plein droit. On trouve encore les mêmes expressions employées dans le même sens, dans les articles 1295 et 1299. Le mot *opposer* est pris, dans ces divers articles, dans le sens de *déclarer* au magistrat, parce qu'il faut bien que celui qui a en sa personne une cause de compensation la déclare au juge, qui ne peut la deviner, puisqu'il serait bien tenu de déclarer un payement, si c'était un payement qu'il eût fait, afin de n'être pas contraint à payer de nouveau.

Il est vrai que dans l'espèce, la compensation ne termine pas tout entre les parties, puisqu'il y aura à régler entre elles les frais de la remise; mais cela n'empêche pas qu'elle ne s'opère de plein droit, pas plus que la nécessité de calculer des intérêts n'y fait obstacle. Nous allons même démontrer qu'elle s'opère aussi de plein droit entre une dette de somme et une dette de prestation en grain ou denrées dont le prix est fixé par les mercuriales.

Dans le droit romain, un créancier avait l'action *de eo quod certo loco* pour obliger son débiteur à payer, où il se trouvait, la somme qu'il devait, d'après le contrat, payer ailleurs, à la charge de lui faire raison de la remise; aussi la diversité des lieux où deux dettes entre les mêmes personnes étaient payables ne faisait-elle aucun obstacle à la compensation (L. 15, ff. *de compens.*); et il était fait pareillement raison de la remise. Nous ne connaissons pas dans notre droit l'action *de eo quod certo loco*, mais nous avons admis la compensation comme dans le droit romain, nonobstant la diversité des lieux où les dettes sont payables, non-seulement parce que cette circonstance ne touche point à la nature des dettes en elles-mêmes, mais aussi parce que la compensation est favorable. C'est ce que Domat et Pothier enseignent de la manière la plus positive, et ces auteurs ne disent point que la compensation, dans ce cas, est simplement facultative; ils la considèrent comme s'opérant aussi de plein droit, si d'ailleurs toutes les conditions requises se trouvent concourir. Tout ce que l'on peut dire, c'est que dans le cas où, à raison de quelque autre circonstance, la compensation serait simplement facultative, celui qui l'opposerait devrait effectivement faire raison à l'autre partie des frais qui seraient nécessaires pour faire parvenir la somme qu'il doit au lieu où il devait la payer; mais lorsqu'elle s'est opérée de plein droit, ce n'est pas nécessairement, s'il y a lieu à une remise, celui qui oppose la compensation qui doit en supporter les frais. La remise pourrait être, au contraire, en sa faveur : par exemple, si je dois payer à Marseille et que l'on doive me payer à Paris, la remise se réglera d'après la différence du cours du change de Paris sur Marseille, et du cours de Marseille sur Paris, cours qui varient selon les circonstances. Si donc le cours de Paris sur Marseille était d'un pour cent, et que celui de Marseille sur Paris fût de deux pour cent, la différence serait en ma faveur, parce qu'en me payant fictivement à Paris l'argent que je suis supposé vous avoir compté à Marseille et que vous êtes supposé m'avoir rendu à Paris, je vous ai dispensé de faire parvenir la somme de Marseille à Paris, opération pour laquelle vous auriez eu deux pour cent à dépenser, tandis que vous, en vous payant fictivement à Marseille avec la somme que vous deviez me compter à Paris et que je suis supposé vous avoir rendue à Marseille, je n'aurais eu à dépenser qu'un pour cent. La balance est donc en ma faveur. Mais il sera bien rare que dans ces cas l'on fasse de semblables calculs. Toutefois l'art. 1296 autorise à les faire aussi bien que lorsque l'une des parties seulement peut opposer la compensation à l'autre, et qu'elle devait lui faire le payement en un certain lieu, différent de celui où cette partie devait être payée. La raison d'ailleurs est la même.

387. Quand il s'agit de choses ou de denrées de mêmes espèce et qualité, la compensation s'opère pareillement de plein droit sans difficulté jusqu'à concurrence de la dette la plus faible, si les dettes sont inégales. Par exemple vous me devez trente hectolitres de froment de bonne qualité, en vertu du testament de votre père, et moi je vous devais vingt hectolitres de froment de même qualité, que vous m'aviez prêtés avant sa mort : les deux dettes sont exigibles; il y a compensation de plein droit; n

ette est éteinte, et la vôtre l'est pareillement squ'à concurrence de vingt hectolitres.

388. Si les choses n'étaient pas livrables au ême lieu, la compensation ne s'en opérerait is moins, quoique le prix des denrées varie aucoup en raison des localités, sauf aux irties à se faire raison de la différence. Car prix des choses est extrinsèque et ne toue point à leur nature; il n'empêche pas i'elles ne soient de même espèce, et l'artie 1291 admet la compensation entre des dettes ii ont pour objet une certaine quantité de ioses fongibles de la même espèce, sans exir pour cela qu'elles soient payables au même eu; il suffit qu'elles soient également liquides exigibles. Mais une dette de denrées est liide quand on sait combien il en est dû, quoii'on ne sache pas au juste le prix de ces êmes denrées. L'art. 551 du Code de procéire suppose bien qu'une dette de certaines ioses peut être liquide quoique l'appréciaon n'en ait pas encore été faite en argent, iisqu'il dit qu'il ne sera procédé à aucune isie mobilière ou immobilière, qu'en vertu un titre exécutoire et pour choses *liquides* et rtaines, mais que si la dette exigible n'est is d'une somme en argent, il sera sursis, rès la saisie, à toutes poursuites ultérieures, squ'à ce que l'*appréciation* en ait été faite. nfin l'art. 1296 écarte, d'une manière génée, l'identité de lieu où le payement des eux dettes devrait être fait, du nombre des nditions requises pour la compensation.

389. Peu importe qu'il y ait ensuite un call à faire pour terminer tout entre les parties; i est bien obligé d'en faire un pour les frais la remise dans le cas de dettes de sommes yables en des lieux différents, et même d'en ire un aussi lorsque l'une des dettes est une restation en grains ou denrées; car, d'après art. 1291, « les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles. » omme l'opération à faire dans ce cas est fort imple, puisqu'elle consiste seulement à conulter les registres qui constatent le cours des denrées, la loi n'en a point fait un obstacle à la compensation; par la même raison elle n'a pas dû non plus vouloir en faire un de la diversité des lieux où les dettes de choses de même espèce sont payables.

La compensation de prestations en grain ou denrées dont le prix est fixé par les mercuriales, avec des sommes, est au surplus une modification au principe que la compensation n'a lieu qu'entre des dettes de choses de la même espèce; mais c'est parce que les denrées sont assimilées à de l'argent, attendu qu'elles sont en général destinées à être vendues, et qu'on peut s'en procurer quand on veut avec du numéraire. Cependant on exige pour que la compensation ait lieu, que le prix des denrées soit fixé par les mercuriales, afin qu'il ne s'élève pas de difficulté entre les parties touchant leur évaluation.

390. Mais dans ce cas, ou l'une des dettes consiste en une prestation en grains ou denrées, la compensation s'opère-t-elle de plein droit, ou si elle est seulement facultative? La question est importante, à cause des priviléges, hypothèques et cautionnements, et à cause aussi de la prescription qui viendrait, sans la compensation, à atteindre l'une des dettes sans atteindre l'autre.

Ce qui porterait à penser qu'elle ne s'opère pas de plein droit, ce sont ces expressions de l'article 1291 : « Les prestations en grains ou » denrées... *peuvent se compenser avec des* » *sommes liquides et exigibles,* » ce qui semblerait être une faculté laissée à l'une ou l'autre des parties d'en faire ou de n'en pas faire usage, pour éteindre sa dette. Mais indépendamment de ce que ces mots, *peuvent se compenser*, tombent sur les choses elles-mêmes, et non sur les personnes, et n'expriment pas, pour celles-ci, une simple faculté d'opposer ou non la compensation, il est bien certain que le débiteur de la prestation peut tout aussi bien la faire valoir à raison de la somme qui lui est due, que le débiteur de la somme à raison de la prestation à laquelle il a droit, car l'article ne distingue pas; et s'il en est ainsi, l'on n'aperçoit pas de motif qui aurait pu empêcher la loi de l'opérer elle-même dans ce cas comme

dans les autres. D'ailleurs, l'article qui la consacre fait suite à ceux qui établissent que la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi; et l'on peut même dire avec vérité que le Code ne statue explicitement que sur la compensation opérée de plein droit.

On a dit (1) que la dernière année ne se compensait pas (si ce n'est, bien entendu, d'un commun accord). L'on s'est fondé sur ce que l'art. 129 du Code de procédure veut que les jugements qui condamneront à une restitution de fruits, ordonnent qu'elle soit faite en nature pour la dernière année, et pour les années précédentes, suivant les mercuriales, etc.; mais cela n'a aucun rapport avec la compensation pour prestation en grains ou denrées avec des sommes, cas régi par l'art. 1291 du Code civil, qui ne fait point cette restriction. On n'a d'ailleurs jamais confondu une *condamnation en restitution de fruits* avec une prestation en grains ou denrées. On entend ordinairement par *prestations*, des obligations en denrées, et quelquefois en argent, qui s'acquittent annuellement, ou à des termes périodiques plus courts, pendant la vie d'une personne (et alors elles prennent le nom de rentes viagères), ou bien pendant un certain nombre d'années déterminé. Mais ce n'est point là une condamnation à une restitution de fruits. Que dans ce dernier cas, la compensation pour la dernière année ne puisse être opposée à celui à qui la restitution est due; que lui seul ait le droit de l'opposer pour cette année, soit; mais voilà à quoi se bornerait l'application de cet article du Code de procédure; sans préjudice toutefois, dans le cas de prestations, de la disposition de l'art. 1293 du Code civil, suivant lequel la compensation n'a pas lieu à l'égard d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

Il paraît avoir été reconnu, dans la discussion au conseil d'État, que les denrées dues d'après un titre quelconque peuvent aussi se compenser avec des sommes liquides et exigibles. Cela peut présenter des inconvénients dans quelques cas, par exemple, dans celui où une personne a acheté du grain pour faire ses semailles, et qu'au moment où elle croit le recevoir pour l'employer à cet usage, le vendeur refuse, *sub pretextu debiti,* de le lui livrer.

(1) M. Toullier.

391. Quoiqu'en principe les dettes qui ont pour objet l'une et l'autre des choses de même espèce se compensent de plein droit, lorsqu'elles sont toutes deux liquides et exigibles, néanmoins cela n'est vrai qu'autant que les choses dues sont de même qualité; car si vous me devez du vin d'une qualité recherchée, et que je vous doive du vin d'une qualité commune, il n'y a point de compensation de plein droit dans ce cas, sauf aux parties à s'arranger à l'amiable

392. Il n'y en a pas non plus si je vous dois six pièces de vin indéterminées et que vous m'en deviez six déterminées; car ces six dernières pièces de vin sont un corps certain, e les corps certains ne se compensent pas d plein droit avec les choses indéterminées, quoi que appartenant à la même classe de choses ou à la même espèce. Seulement je pourrai vous opposer la compensation, parce que s vous me payiez les six pièces de vin que vou me devez déterminément, il me serait loisibl de vous les donner à mon tour en payement attendu qu'elles font partie de la classe d choses dans laquelle je puis prendre ce que j vous dois pour vous le payer. Il faudrait en core toutefois pour cela que ces six pièces d vin ne fussent pas d'une qualité tellement mau vaise, que vous fussiez bien fondé à ne pas le recevoir en payement. (Art. 1246.)

393. A plus forte raison, les corps certain ne se compensent-ils point avec d'autres corp certains, quoique de la même espèce. Ains si je vous dois tel cheval, et que vous me d viez tel autre cheval, nous pourrons bien fai un échange, si cela nous convient, même sa faire de livraison préalable, en consentant à que chacun de nous garde le cheval qu'il do de son côté; mais ce ne sera pas une compen sation véritable, surtout dans les principes a tuels, où la propriété est transférée par le se consentement sans qu'il y ait besoin de trad tion (art. 1138); car, ce serait réellement u rétrocession que chacun de nous ferait à l'aut du cheval qu'il avait acquis, pour avoir la pr

iété de celui qu'il avait aliéné; par conséient, un véritable échange.

394. Mais si vous me devez un cheval indérminé, en vertu, par exemple, du testament votre père, et que je vous en doive un aussi déterminément, comme charge d'une donaon qui m'a été faite, la compensation aura u sans difficulté, comme s'il s'agissait de ux dettes de sommes ou de denrées de même pèce, attendu que les choses dues sont aussi même espèce; elles sont parfaitement *fonbles* dans le véritable sens de ce mot; l'un s chevaux représente parfaitement l'autre. ssi l'on eût pu se dispenser, à la rigueur, jouter dans l'art. 1291, au mot *fongibles*, ıx-ci : *de la même espèce;* car les choses ne ıt réellement point fongibles quand elles ne ıt pas de la même espèce, puisque l'une ne présente pas l'autre; elles peuvent bien être ces choses *quæ numero, mensurâ, pondereve stant*, comme disent les jurisconsultes roins, être aussi du nombre de celles qui se isomment par l'usage, mais elles ne sont pas cessairement pour cela des choses fongibles ıs tous les cas; les choses ne sont fongibles e relativement à d'autres de la même espèce, es à raison d'une autre obligation. Mais nme, par extension, on appelle ordinairent dans la pratique, et même quelquefois ıs la rédaction des lois, d'une manière abso-, choses fongibles, les choses qui se connment par l'usage, les rédacteurs du Code, ır plus d'explication, ont cru devoir ajouter, ant à la compensation, au mot *fongibles*, ıx-ci : *de la même espèce* (1).

Si vous me deviez tel cheval, et que je vous dusse un en général, on appliquerait ce qui ent d'être dit sur le cas où je vous dois six èces de vin indéterminées, et que vous m'en vez six désignées.

395. La compensation peut même avoir lieu ır des immeubles, et de plein droit : ainsi, dit Pothier, d'après Sébastien de Médicis (2), « Si vous m'aviez vendu une part indivise que » vous aviez dans un certain héritage, et qu'a» vant que vous me l'eussiez livrée, je fusse » devenu l'héritier d'une personne qui était vo» tre débiteur d'une autre part indivise dans le » même héritage, vous pourriez opposer contre » la dette de la part de cet héritage, dont vous » êtes tenu envers moi, la compensation de la » dette d'une part dont je suis tenu envers » vous. »

Ou bien encore : vous êtes propriétaire avec Paul, par indivis, d'un certain champ; vous me vendez quatre arpents à prendre dans ce champ, sur votre part. Avant d'avoir partagé le fonds avec Paul, et m'avoir fait la délivrance des quatre arpents, je deviens l'héritier de Paul, qui vous a légué quatre arpents à prendre sur sa part dans ce même champ; il y a compensation, parce que les deux dettes consistent *in eâdem specie :* les quatre arpents que vous me devez représentent parfaitement les quatre arpents que je vous dois, comme ceux que je vous dois représentent parfaitement ceux que vous me devez.

396. On peut même opposer la compensation dans des obligations de faire, pourvu que les faits qui sont l'objet de l'une et de l'autre dettes, soient absolument de la même sorte. Par exemple, si j'étais tenu de la façon de cent tonneaux à votre profit, d'après une convention arrêtée entre nous, et qu'avant l'exécution de cette convention, vous devinssiez l'héritier d'une personne qui s'était pareillement obligée envers moi à me faire un certain nombre de tonneaux de la même espèce, avec ma matière, ou qui vous eût chargé par son testament de me faire ces tonneaux, il y aurait compensation, et extinction des deux obligations jusqu'à concurrence de la plus faible.

1) * Le mot *choses* dans l'art. 1293, no 1er, du C. civil, t s'entendre aussi bien des choses fongibles que des ɔses non fongibles, et l'on peut regarder les sommes ugées à titre de dommages-intérêts à celui qui a été time d'un délit d'usure, comme étant une chose dont il a été dépouillé injustement par ce délit. (Brux., 19 février 1829; J. de B., 1829, 1, 335; J. du 19e s., 1829, 3, 156; *V.* Toullier, 7, no 382.)

(2) *Tractatus de compensationibus.*

DEUXIÈME CONDITION : *que les deux dettes soient liquides.*

397. Une dette est liquide, lorsqu'il est constant qu'il est dû, et que l'on sait combien il est dû, *cùm certum est an debeatur, et quantum debeatur.*

Une dette litigieuse n'est donc point liquide; et quand même il n'y a pas encore de procès commencé au sujet de la dette, si elle est contestée, elle n'est point liquide, et ne peut être opposée en compensation, à moins toutefois, comme l'observe Pothier, que celui qui l'oppose n'ait la preuve à la main de l'existence de la dette, et ne soit ainsi en état d'en justifier promptement et sommairement (1). *Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex quâ compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui præstare; satis enim miserabile est post multa fortè variaque certamina, cùm res jam fuerit approbata, tunc ex alterâ parte, quæ jam penè convicta est, apponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi.* (L. 14, Cod., *de compens.*)

398. Cependant de ce que celui à qui l'on opposerait un billet dénierait sa signature ou déclarerait ne pas reconnaître celle attribuée à son auteur, et qu'en conséquence il y aurait lieu à une vérification d'écriture, cela seul ne suffirait généralement pas pour faire obstacle à la compensation de plein droit. La plupart des dettes ne sont constatées que par des actes sous signature privée, et il n'est pas vraisemblable que la loi ait voulu, en exigeant que les dettes soient liquides, que l'une des parties pût empêcher les effets de la compensation de plein droit, par une simple dénégation ou non-reconnaissance d'écriture, qui, bien que la vérification soit sujette à un assez grand nombre de formalités, n'ôte réellement pas à la dette ce caractère, lorsque la vérification vient ensuite déclarer que la dénégation n'était pas fondée. Ce serait un moyen dont la mauvaise foi pourrait abuser trop souvent, pour prolonger le cours des intérêts d'une dette peut-être déjà réellement éteinte depuis longtemps par la compensation, et pour d'autres motifs encore.

Mais si l'une des dettes ne peut être établie sans une instruction, parce qu'il y a des doutes fondés sur son existence, ou parce qu'il y a des exceptions à faire valoir contre cette dette, alors elle peut bien être l'objet d'une demande reconventionnelle, au moyen de laquelle le créancier pourra l'opposer en compensation à sa propre dette, mais la compensation ne produira ses effets que du jour où la demande en aura été faite, et par conséquent les intérêts de l'autre dette n'auront cessé de courir, et jusqu'à due concurrence, que de ce moment seulement.

399. En général, une dette pour administration de tutelle, ou gestion des affaires d'un absent, et autre administration, n'est point liquide, tant que le compte n'a pas été rendu et arrêté : d'après cela, elle n'est pas l'objet de la compensation légale; car l'on ne sait pas s'il est dû et combien il est dû. Et si la liquidation du compte devait entraîner trop de difficultés et de lenteurs, le demandeur pourrait conclure à ce que sa demande fût jugée, sauf au tribunal à statuer ensuite sur celle qui a été formée comme reconvention ou à fins de compensation.

TROISIÈME CONDITION : *que les dettes soient exigibles.*

400. Le mot *exigibles* n'est pas seulement employé ici pour exclure de la compensation légale les dettes de jeu et les dettes naturelles dont nous allons parler, ainsi que les rentes dont le remboursement ne peut être *exigé* que dans certains cas, et les dettes suspendues par une condition; il est employé aussi pour exclure

(1)* Jugé d'après ces principes que les tribunaux peuvent s'écarter de la loi lorsque la dette dont la compensation est opposée, et qui n'est pas liquide actuellement, peut le devenir au moyen d'une vérification prompte et facile. (Rennes, 15 janvier 1826.)

On ne peut avoir égard à la demande de compensation d'une créance, qui n'est appuyée d'aucun titre, mais dont on demande à faire preuve par la production des livres de l'adversaire. (Brux., 24 décembre 1827; J. du 19e s., 1828, 3, 77; Dalloz, 21, 35.)

ute dette avec terme dont le terme ne serait
is encore échu (1).

401. Toutefois, le terme de grâce n'est point
obstacle à la compensation. (Article 1292.)
ayant été accordé au débiteur que parce que
lui-ci ne pouvait alors payer sa dette, du mo-
ent qu'il peut se libérer par le moyen facile
la compensation, c'est le cas de dire *ces-
nte causâ, cessat effectus.* Et en effet, *Aliud
t in diem obligationis non venisse, aliud hu-
anitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis.*
. 16, § I, ff. *de compensat.*)

402. Assimilant, par ce motif, au délai ac-
rdé par le juge, celui qui est accordé par les
éanciers au débiteur failli, par un concordat
it avec lui, nous avions dit, dans notre *Traité
s contrats*, etc. (n° 938), que ce dernier
rme non plus ne fait pas obstacle à la com-
nsation, dans le cas où le failli est devenu,
puis le concordat, créancier de l'un de ces
éanciers; mais nous pensons que nous nous
ions laissé entraîner par une fausse simili-
de : le débiteur doit profiter du bénéfice du
ncordat dans toute son étendue, à la charge
en observer les conditions. Or, il n'en profi-
rait pas, si, au moyen de la compensation
ue viendraient à lui opposer ses créanciers,
se trouvait privé des délais qui lui ont été
ccordés. En traitant avec lui depuis le con-
ordat, sans stipuler les mêmes termes, ils se
ont obligés à le payer de suite, ou aux termes
onvenus. De plus le concordat a été conclu
ans l'intérêt de tous les créanciers, afin de ti-
er le meilleur parti de leurs créances; et si le
ébiteur, au lieu de pouvoir se faire payer de
e qu'un ou plusieurs de ses créanciers lui doi-
ent maintenant, et qui se trouve échu, était
bligé de souffrir la compensation, il ne pour-
ait remplir ses engagements envers les autres,
ux échéances convenues; ce qui établirait une différence injuste, et tout à fait contraire à l'esprit des concordats; entre les créanciers (2).

403. Quand l'une des dettes est sous une condition suspensive, il n'y a pas lieu à la compensation tant que la condition n'est pas accomplie; car non-seulement le payement n'est pas exigible, tellement que s'il avait été fait par erreur, il y aurait lieu à la répétition, tant que la condition ne se serait pas réalisée (3); mais, de plus, c'est qu'il n'y a réellement point encore de dette; il y a seulemeut *spes debitum iri* (4).

404. Si la condition était simplement résolutoire, comme dans l'espèce d'une donation faite avec stipulation du droit de retour en cas du prédécès du donataire (art. 951), la compensation s'opérerait sans difficulté, si toutes les conditions requises se rencontraient, attendu que la condition résolutoire ne suspend ni l'effet ni l'exécution de l'obligation (art. 1183); sauf la restitution dans le cas où celle qui aurait été mise, viendrait ensuite à s'accomplir.

405. La compensation n'ayant lieu qu'entre des dettes exigibles, il est clair qu'on ne peut l'opposer à raison d'une dette de jeu ou pour un pari, puisque la loi ne donne pas d'action pour ces sortes de dettes (art. 1965); sauf les exceptions contenues dans l'art. 1966, et dans lesquelles, par cela même, la compensation pourrait avoir lieu.

406. Celui aussi à qui il est dû quelque chose simplement comme dette naturelle, ne peut non plus opposer la compensation, bien que le payement d'une dette naturelle fait volontairement ne soit pas sujet à répétition (art. 1235); mais c'est qu'il n'est pas pour cela *exigible* (5).

Les dettes naturelles se compensaient toute-

(1) * La compensation peut avoir lieu entre une dette
xigible et une dette non exigible, si le terme est en fa-
veur de celui qui oppose la compensation. (Brux., 13 juin
1821; J. de B., 1821, 2, 97; Dalloz, 21, 47.)

(2) * Pothier, *Oblig.*, n° 627; Toullier, 7, n° 373.

(3) L. 18, ff. *De condict. indeb.*, et art. 1168, 1181 et
1377 analysés et combinés.

(4) § 4, Instit. *De verb. oblig.*

(5) * Ainsi deux dettes dont l'une est nulle à défaut de capacité de la part de celui qui l'a contractée et n'a ainsi qu'une cause purement naturelle, ne peuvent être compensées contre la volonté de ce dernier. (Dijon, 27 décembre 1828.)

fois, dans le droit romain, avec d'autres dettes. (L. 6, ff. *de compens.*) Mais une dette de jeu n'était point regardée comme dette naturelle, aussi la répétition de ce qui avait été payé était admise sans difficulté, et même pendant cinquante ans (1). Chez nous elle n'a pas lieu lorsque le gagnant n'a usé ni de dol ni de supercherie. (Art. 1967.)

407. De ce qu'une dette naturelle, une dette non exigible, ne peut être opposée en compensation, il suit aussi que celui qui, étant d'abord créancier d'un failli, lui a fait remise par concordat, par exemple de 50 p. cent, et qui est ensuite devenu son débiteur, ne peut lui opposer la partie remise en compensation de sa dette, quoique assurément cette partie soit encore due naturellement, si bien que le failli ne pourrait obtenir sa réhabilitation qu'en justifiant qu'il l'a acquittée, avec les frais et les intérêts (art. 605, Code de comm.); mais elle n'était point exigible.

408. Pareillement si, avant que les deux dettes aient réuni les conditions requises pour la compensation légale, le temps voulu pour la prescription de l'une d'elles vient à s'écouler, la dette prescrite ne pourra être opposée en compensation à l'autre, encore que celui qui serait poursuivi maintenant et qui voudrait opposer la compensation, eût été en droit de le faire à une certaine époque, parce que sa créance réunissait alors toutes les conditions requises; c'est sa faute de n'en avoir pas exigé le payement. Mais si, pendant un temps quelconque, un jour seulement, toutes les conditions voulues pour la compensation avaient eu lieu à l'égard de l'une et de l'autre dettes, elle se serait opérée de plein droit, et à toute époque il se prétendrait justement libéré.

409. Lorsque l'une des dettes est une rente viagère, il est bien évident que la compensation n'a pas lieu, attendu que ni l'une ni l'autre partie ne pouvant prétendre que le droit est évaluable à telle ou telle somme (art. 1978 et 1979 analysés), le débiteur de la rente ne pourrait par cela même prétendre qu'il y a lieu à la compenser avec une somme exigible. Les parties pourraient seulement éteindre la rente d'un commun accord, sauf encore le cas où elle aurait été donnée ou léguée pour aliments; car, comme dans ce cas les parties ne pourraient compromettre sur le fond du droit (art. 1004, Code de procéd.), par la même raison elles ne pourraient l'éteindre directement elles-mêmes. Mais les arrérages échus de la rente se compensent même de plein droit, lorsqu'elle n'a pas été donnée ou léguée à titre d'aliments.

410. Quant aux rentes perpétuelles, établies soit pour aliénation d'un immeuble (art. 530), soit pour aliénation d'un capital mobilier (article 1909), il est clair aussi que la compensation n'en a pas lieu de plein droit avec une autre dette, attendu que le capital de la rente n'est point *exigible* (2), du moins de droit commun (*ibid.*); mais, à la différence du débiteur de rentes viagères, le débiteur de rentes constituées en perpétuel peut se libérer en offrant le remboursement du capital de la rente, s'il n'y a pas dans le contrat de stipulation qui lui interdise l'exercice de cette faculté avant un certain temps qui ne serait point encore expiré. (Art. 530 et 1911.) S'il n'en existe pas, il peut faire des offres de remboursement, au moyen de la somme qui lui est due par le créancier de la rente, et de ce moment la compensation s'opérera, et le cours des intérêts de la créance et des arrérages de la rente cessera. Mais nous ne pensons pas que le débiteur de la rente à qui il serait dû une somme inférieure à son capital, pût ne l'éteindre que pour une partie seulement, attendu que la loi n'autorise pas le remboursement partiel; le créancier ne peut être forcé de dénaturer son contrat, en le morcelant, à chaque moment, ce qui serait possible dans ce système. Le débiteur de la rente doit donc offrir en espèces le supplément, en faire la consignation, au refus du créancier

(1) *V.* le titre du Code *De aleatoribus*, et ce que nous avons dit sur les dettes de jeu et les paris, en parlant de la cause des obligations, tome V, nº 370.

(2) * Liége, 10 janvier 1831; Rec. de Liége, 12, 19.

recevoir, et les intérêts et arrérages cessent de courir du jour du dépôt. (Art. 1259-2° analysé.)

Si le créancier de la rente est en droit d'exiger son remboursement, parce que le débiteur a cessé pendant deux ans de remplir ses obligations, ou parce qu'il a manqué de fournir les sûretés promises par le contrat (art. 1912), ou, par la même raison, parce qu'il a diminué par son fait celles qu'il avait données (art. 1188), alors, en formant sa demande en remboursement, le créancier peut opposer la compensation avec ce qu'il doit de son côté au débiteur; mais la compensation ne datera que du jour de la demande.

Dans ces divers cas, comme elle n'a pas lieu de plein droit, celle des parties qui peut en faire usage et qui a négligé de le faire, n'a point à craindre l'application de l'art. 1299; en conséquence, en exerçant sa créance, elle peut faire valoir les priviléges et hypothèques qui y seraient attachés, et elle conserve son action entière contre la caution, s'il y en a une.

411. En effet, quand l'une des dettes n'est devenue exigible que parce que celui qui la doit a diminué, par son fait, les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (art. 1188), la compensation, évidemment n'a pas lieu de plein droit, parce que le fait de diminution des sûretés peut donner lieu à une instruction et à un jugement. Or, si lorsque l'une des dettes n'est pas liquidée, cette circonstance fait obstacle à la compensation légale, il en doit être de même dans le cas dont il s'agit. La compensation ne daterait donc pas du jour où le jugement qui serait rendu ferait rapporter les faits qui ont diminué les sûretés données par le contrat; elle s'opérerait seulement du jour de la demande en payement de cette même dette, et ce ne serait que de cette époque que cesserait le cours des intérêts de l'autre dette.

Et si ce créancier ne veut pas profiter du droit de faire déclarer son débiteur déchu du bénéfice du terme, il n'a pas non plus à craindre pour cela l'effet de l'art. 1299 cité plus haut; car sa dette n'a pas été éteinte *de plein droit par la compensation*, ce qu'exige cet article pour que sa disposition soit applicable.

412. Lorsque l'une des dettes n'est devenue exigible que parce que celui qui la doit est tombé en faillite, il faut distinguer quelle est la nature de cette dette (1).

Si c'est une dette non commerciale, n'importe la nature de l'autre dette, le créancier du failli peut, selon nous, opposer la compensation à la masse, si d'ailleurs il n'y avait pas d'autre obstacle à la compensation que la non-échéance du terme de sa créance; car, par la faillite, cette créance est devenue exigible (art. 1188, Cod. civ., et 448, Cod. de commerce), et par conséquent elle a pu et dû se compenser à l'instant même de la faillite. On ne peut pas dire que, par l'état de faillite, qui forme opposition dans l'intérêt de la masse des créanciers, ces mêmes créanciers ont eu, pendant un temps quelconque, un droit acquis à la créance du failli, sauf à l'autre partie ses droits sur la masse, puisqu'à l'instant même où l'état de faillite a produit ses effets à leur profit, il les a produits aussi en faveur du créancier du failli, en rendant sa créance exigible.

Mais si la créance sur le failli est commerciale, n'importe aussi la nature de la sienne, la compensation ne s'est point opérée, et le créancier du failli est obligé de payer sa dette à la masse, sauf à venir comme les autres créanciers aux distributions pour le payement de sa créance, et à exercer ses priviléges et hypothèques, s'il en a.

En effet, le failli lui-même n'eût pu valablement, dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de sa faillite, payer sa dette commerciale non échue; le payement qu'il en eût fait

(1) * Celui qui est en même temps débiteur et créancier du failli, ne peut opposer la compensation, si, lors de la faillite, la créance n'était point encore échue, et si elle n'est devenue exigible que par la faillite même. (Brux., 24 mars 1821; J. de B., 1821, 1, 252; *V.* Sirey, ..., 2, 519; Dalloz, 21, 45.)

Deux masses de créanciers de faillis ne peuvent s'opposer la compensation. (Liége, 26 janvier 1832; J. du 19e s., 1832, 74.)

eût été sujet à rapport, d'après l'art. 446 du Code de commerce; dès lors on ne peut supposer que la loi elle-même l'ait fait par voie de compensation au moment de la faillite. C'est ce qui a été jugé par arrêt de cassation, du 12 février 1811 (1) : « Attendu, porte l'arrêt, que » toutes les lois sur les faillites, tant nouvelles » qu'anciennes, ayant voulu qu'au moment de » l'ouverture de la faillite, les droits des créan- » ciers demeurent invariablement fixés, et » même que *tous les payements faits pour » dettes commerciales non échues dans les dix » jours qui l'ont précédée, soient rapportés,* il » est impossible de supposer que la faillite » puisse donner à un créancier, *porteur d'ef- » fets de commerce non échus,* le droit de se » faire payer en entier par voie de compensa- » tion d'une créance *dont il aurait dû rapporter » le montant, s'il l'avait reçu dans les dix jours » qui ont précédé la faillite;* qu'un pareil pri- » vilége accordé à un créancier au préjudice » des autres ouvrirait une porte trop large aux » abus, et faciliterait les moyens d'éluder les » règles que les lois ont établies pour conser- » ver l'actif du failli et maintenir l'égalité entre » les créanciers, etc., casse l'arrêt de la cour » de Bruxelles. »

Quoique l'arrêt de cassation appuie assez visiblement sur la circonstance que la dette du failli était une dette commerciale non échue au moment de la faillite, nous devons néanmoins faire observer que la cour a établi d'une manière générale, dans les autres considérants de l'arrêt, que l'ouverture de la faillite prend et maintient les choses dans l'état où elles sont au moment où elle a lieu, ce qui tendrait à faire rejeter la distinction que nous avons faite entre le cas où la dette du failli n'est point commerciale, et le cas contraire. Mais d'un autre côté, la cour n'avait point à statuer sur la première hypothèse, et puisqu'elle a rappelé avec soin les principes sur les payements des dettes commerciales non échues faits dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, c'est apparemment parce qu'elle a attaché de l'importance à la circonstance que la dette non échue du failli était commerciale. Quoi qu'il en soit, la question resterait au moins entière, d'après l'arrêt, pour le cas d'une dette non commerciale; mais nous croyons qu'elle doit être décidée en faveur du créancier de la faillite; les raisons que nous avons données nous paraissent décisives.

Quatrième condition : *que des deux dettes, l'une soit due à celui qui fait valoir la compensation, et l'autre à celui à qui elle est opposée.*

413. On a vu précédemment (n° 17) qu'un tiers, qui peut bien payer ma dette, même malgré mon créancier, ne peut cependant pas, contre le gré de celui-ci, faire valoir la créance qu'il a sur lui, pour éteindre mon obligation (2); sauf à ce tiers à me céder son action, et à moi à faire valoir la compensation comme cessionnaire, et sauf aussi à lui à faire entre mes mains saisie-arrêt et à opposer ensuite à mon créancier la compensation pour la somme qui lui reviendrait dans la distribution faite sur la saisie. Car, en principe, la compensation n'a lieu qu'entre ceux qui sont créancier et débiteur l'un envers l'autre.

414. De là, je ne puis prétendre que ma dette est éteinte par la compensation, au moyen de la créance qu'a sur mon créancier une personne dont j'administre les biens, comme, *vice versâ*, mon débiteur ne peut prétendre que sa dette est éteinte par la compensation, au moyen de la créance qu'il a sur cette personne; mais il est toutefois besoin de quelques explications.

415. Quant à la créance qu'a une femme sur le créancier de son mari, il faut distinguer sous quel régime les époux sont mariés, pour connaître si cette créance a éteint, par voie de compensation, la dette du mari; car elle l'aura éteinte toutes les fois que, à raison de la nature du régime adopté par les époux, elle sera plutôt la créance du mari que celle de la femme.

Cela ne souffre aucune difficulté dans le cas

(1) *Sirey, 11, 141; Dalloz, 15, 79; Lyon, 25 janv. 1825; Sirey, 25, 126.

(2) L. 18, § 1, ff. *De compens.*

ù les époux sont mariés en communauté ordiaire, puisque la créance est tombée dans cette ommunauté (art. 1401), dont le mari a la bre administration. En opposant en compenation au tiers la créance dont il s'agit, il use onc d'un droit qui lui appartient.

Bien mieux, il peut faire servir la créance e sa femme sur le tiers, à l'extinction de sa ette, encore qu'il ait adopté le régime d'exlusion de communauté sans séparation de iens. En effet, sous ce régime comme sous elui de la communauté, il perçoit aussi tout mobilier que la femme apporte en dot, ou ui lui échoit pendant le mariage, sauf la restution qu'il en doit faire après la dissolution u mariage, ou après la séparation de biens ui serait prononcée par justice (art. 1531); et omme lorsqu'il s'agit de sommes ou de choses ui se consomment par l'usage, il n'en pourrait ouir sans les employer ou les consommer, il st clair qu'il devient propriétaire de l'objet de créance, sauf la restitution qu'il devra faire e la même valeur : d'où il suit que cette réance se compense parfaitement, et même de lein droit, avec sa dette.

Il faut en dire autant du cas où les époux ont mariés sous le régime dotal proprement it; et que la créance de la femme fait partie e la dot; car le mari a seul le droit de pourivre les débiteurs de la dot et de les libérer. Art. 1549.)

La même décision enfin s'appliquerait aussi u cas où les époux seraient mariés en commuauté réduite aux acquêts, ou que, mariés ous le régime de la communauté ordinaire, la réance de la femme serait une donation ou un gs fait sous la condition que l'objet restera ropre à la femme. (Art. 1401.) Dans ces cas ussi c'est le mari qui perçoit le mobilier qui choit à la femme pendant la communauté, sauf s prélèvements ou restitutions tels que de roit (art. 1428, 1498 et 1528 analysés et ombinés); et si cette créance consiste en une omme ou en une chose qui se consomme par usage, le mari en devient propriétaire, afin 'en pouvoir jouir : dès lors la compensation s'opère, même de plein droit, entre lui et son créancier.

Le motif sur lequel la compensation est fondée, celui d'éviter des traditions inutiles, a absolument la même force dans ces cas que dans les autres; car, si le tiers payait sa dette au mari, ainsi qu'il le devrait, ou si le mari payait la sienne au tiers, celui qui aurait reçu serait obligé de rendre aussitôt à l'autre les mêmes choses pour se libérer; or, la loi, sous peine d'inconséquence, a dû vouloir que la compensation pût s'opérer aussi dans ces cas, et même de plein droit.

Mais lorsque les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens, ou que la séparation de biens a été prononcée en justice (1), ou enfin que, mariés sous le régime dotal, la créance de la femme sur le tiers fait partie de son paraphernal, alors la compensation ne s'opère point entre le mari et le tiers, sauf à la femme à céder son action à son mari, ou à lui donner mandat pour en toucher le montant; auquel cas le mari pourrait, s'il était poursuivi par son créancier, faire valoir cette cession ou ce mandat pour obtenir sa décharge, en lui en donnant une. Mais la compensation n'aurait lieu que de ce moment, et par conséquent les intérêts de la créance du tiers auraient couru jusqu'à cette époque.

416. Lorsque, *vice versâ*, c'est la femme qui est débitrice envers quelqu'un dont le mari est créancier, le débiteur du mari ne peut pas lui opposer la compensation; toutefois il en est autrement lorsque le mari est tenu de répondre à l'action contre la femme (2); et il serait tenu d'y répondre si, commun en biens, il s'agissait d'une dette de la femme tombée à la charge de la communauté, soit parce que la dette était antérieure au mariage (article 1409), soit parce qu'elle serait relative à une succession échue à la femme pendant le mariage et acceptée du consentement du mari (art. 1411 et 1416), soit enfin parce que la femme se serait obligée du consentement de ce dernier. (Art. 1419.) Dans ces divers cas, la compensation s'opére-

(1) * Brux., 29 juillet 1814; J. de B., 1814, 1, 218.

(2) Suivant la loi 19, ff. *De compens.*, un débiteur peut opposer au maître d'un esclave, la compensation de ce qu'il lui doit à raison du pécule de l'esclave.

rait même du chef du mari, puisque la dette de la femme serait devenue la sienne; aussi s'opérerait-elle de plein droit.

Le tiers pourrait aussi lui opposer la compensation s'il s'agissait d'une dette qui fût une charge de la dot de la femme mariée sous le régime dotal proprement dit, ou s'il y avait entre les époux exclusion de communauté sans séparation de biens et que le mari eût dans ses mains des deniers appartenant à sa femme, ou enfin, en cas de séparation de dettes, s'il avait, sans inventaire ou état authentique préalable, confondu dans la communauté le mobilier apporté par la femme lors du mariage ou qui lui est échu depuis. (Art. 1510.)

417. Je ne puis opposer à un tuteur, mon créancier, la compensation de ce que me doit son pupille, non-seulement parce que ce sont deux personnes distinctes, mais encore parce qu'il serait possible que le tuteur n'eût rien entre les mains appartenant au mineur; sauf à moi à poursuivre ce dernier dans la personne de son tuteur.

418. Si c'est moi qui suis créancier du tuteur, et débiteur du mineur, et que le tuteur me poursuive en cette qualité, je ne puis non plus opposer, pour faire rejeter la demande, ma créance sur lui, car j'opposerais de la sorte la compensation au mineur, qui ne me doit rien, et dont je suis au contraire le débiteur : *Id quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem objici ejus pecuniæ quam ipse tutor suo nomine adversario debet.* (L. 23, ff. *de compens.*)

Dans cette espèce, si c'est moi qui poursuis le tuteur, il ne peut, il est vrai, m'opposer la compensation à raison de la créance du mineur sur moi, quoique ce soit lui qui doive en toucher le montant, car ce n'est pas à lui que je dois; mais comme il est de son devoir de faire payer ce qui est dû au mineur, il pourra se faire autoriser par la justice à retenir, sur ce qu'il me doit, la somme suffisante à cet effet. Il peut et même doit faire pour celui dont les intérêts lui sont confiés, ce que tout autre de mes créanciers pourrait faire pour la conservation des siens; or, mes créanciers pourraient saisir-arrêter entre les mains du tuteur ce que celui-ci me doit. Mais, indépendamment de ce qu'il supporterait les frais de ma demande, et que les intérêts de l'une et de l'autre créances n'auraient pas cessé de courir, les résultats ne seraient pas les mêmes dans le cas où d'autres de mes créanciers viendraient à saisir entre ses mains avant qu'il ne fût statué sur la somme qu'il doit garder par devers lui pour acquitter ma dette envers le mineur; car alors il y aurait lieu à une distribution par contribution entre ce dernier et ces créanciers, par suite de laquelle le mineur n'aurait peut-être qu'une somme inférieure à celle qui lui est due, et ce serait cela seulement que le tuteur pourrait retenir.

419. Il est clair aussi que je ne puis opposer à un receveur public, pour me dispenser de payer mes contributions, ou certains droits, ce qu'il peut me devoir de son côté; pas plus qu'il ne pourrait prétendre que sa dette envers moi a été éteinte par la compensation, à raison des sommes que je devrais à l'État pour contributions ou autres droits, dont la perception serait de sa régie ou bureau, lors même que le payement de ces contributions ou droits serait exigible depuis telle ou telle époque. (Loi *penult.*, Cod. *de compens.*)

420. Je ne pourrais même faire valoir, pour me dispenser de payer ces droits, la créance que j'aurais sur l'État lui-même. La loi 1, Cod. *hoc tit.*, permettait cependant d'opposer la compensation au fisc, pourvu toutefois que les deux dettes fussent dépendantes de la même régie ou bureau, et la loi 3 au même titre apportait à cette disposition diverses exceptions, au nombre desquelles étaient les tributs. Mais il n'est guère d'usage, dans l'état actuel de l'administration, d'admettre la compensation, quoiqu'il ne s'agisse pas d'impôts, et que les deux dettes soient dépendantes de la même régie ou bureau. Cela pourrait apporter du dérangement dans l'ordre de la comptabilité, et puis la réclamation du créancier ne serait peut-être pas de la compétence du receveur ou préposé de l'administration dans laquelle se placeraient l'une et l'autre créances.

On pouvait anciennement opposer la compen-tion à des villes, communes, établissements iblics et corporations : il n'y a rien de con-aire dans le Code; néanmoins la décision se-it susceptible d'exception dans plus d'un cas, lon la nature de la dette opposée en compen-tion, et de celle due à la ville ou établisse-ent, et selon aussi d'autres circonstances.

421. Comme un héritier est censé ne faire 'une seule et même personne avec son au-ır, il est clair que si je suis débiteur de ul, héritier de Philippe, et que Philippe fût m débiteur, je puis opposer à Paul la com-nsation à raison de ce que me devait son au-ır; car c'est réellement l'opposer au débiteur tuel. Toutefois je ne puis la lui opposer que squ'à concurrence de sa part héréditaire; mme, en sens inverse, il ne pourrait me pposer à raison de la créance du défunt pour eindre la dette qu'il aurait contractée envers i, que jusqu'à concurrence seulement de la rt pour laquelle il est héritier. (Loi *ult.*, Cod. *contrario judic. tut.*)

Et s'il n'avait accepté la succession de Phi-pe qne sous bénéfice d'inventaire, je ne urrais lui opposer la compensation à raison la créance que j'ai sur la succession, et pour eindre la dette que j'ai contractée envers lui, e jusqu'à concurrence seulement de ce dont serait tenu d'après l'état de l'inventaire, et ijours dans la proportion de sa part hérédi-re. (Voët, *ad Pandectas*, tit. *de compens.*, 11.) Dans ce cas, la compensation n'aurait pas ijours lieu de plein droit dès l'exigibilité de ne et de l'autre dettes, attendu qu'il pour-t y avoir lieu à une évaluation de ce que de-it l'héritier d'après l'inventaire, ce qui em-cherait, dans beaucoup de cas du moins, que dette, en sa qualité d'héritier bénéficiaire, fût liquide tant que cette appréciation ne ait pas faite (1).

422. Le principe que la compensation ne père qu'entre ceux qui sont réciproquement créanciers l'un de l'autre, ne fait point obstacle à ce que la caution l'oppose au créancier à raison de ce que celui-ci doit au débiteur (art. 1294); car la caution ne doit qu'autant qu'il y a dette; or, par la compensation, la dette s'est éteinte de plein droit. (Art. 1290.) La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui ne sont pas purement personnelles au débiteur, c'est-à-dire toutes celles qui ne résultent pas de la condition et de la qualité du principal obligé, et que, pour cela, on appelle exceptions *réelles*, parce qu'elles portent sur la dette elle-même, et ne sont point seulement attachées à la personne du débiteur. (Art. 2012 et 2036 combinés.)

Et quand bien même la compensation ne se serait point déjà opérée de plein droit au moment de la demande formée par le créancier contre la caution, parce que l'une et l'autre dettes ne réunissaient pas alors toutes les conditions requises, par exemple, parce que celle due au créancier n'était pas encore liquide, si celle qui est due au débiteur cautionné les réunit, la caution peut opposer la compensation à la demande formée contre elle, et dès ce moment le cours des intérêts cessera. Elle peut invoquer la compensation facultative dont peut faire usage le débiteur principal.

423. Quant au cas où la caution se serait obligée solidairement avec le débiteur principal, l'art. 2021 dit bien que son obligation, dans ce cas, est régie par les principes des obligations solidaires, et l'article 1294 porte que l'un des débiteurs solidaires ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à un codébiteur; mais, quel que soit le sens de cette dernière disposition, que nous allons expliquer, il n'est pas moins vrai que la caution ne perd pas son caractère de caution pour s'être obligée solidairement; seulement elle est privée du bénéfice de discussion, ainsi que le dit le premier de ces articles, et du bénéfice de division, suivant l'article 1203. Elle est toujours caution par rapport au débiteur, et par consé-

1)* *V*. Lyon, 18 mars 1831; Sirey, 31, 229.—Le dé-eur d'une succession bénéficiaire ne peut compenser plein droit ce qu'il doit avec ce qui lui est dû, lorsque ompensation ne s'est point opérée avant l'ouverture de la succession. (Brux., cass., 19 février 1829; J. de B., 1829, 1, 335; J. du 19e s., 1829, 3, 156; Toullier, 7, no 380 Merlin, *Rep.*, vo *Compensation*, § 3, no 6, t. 5, p. 232.)

quent elle peut, en cette qualité, opposer la compensation de ce qui est dû à celui-ci par le créancier. D'ailleurs ce créancier est réellement payé, au moyen de sa décharge envers son propre créancier.

424. Le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. (Art. 1294.) La dette peut subsister quoique la caution se trouve déchargée, tandis qu'il ne peut y avoir de cautionnement dès qu'il n'y a plus de dette ; et il n'y en a plus dès qu'elle est éteinte par la compensation.

Au surplus, au moyen d'un arrangement entre la caution et le débiteur, valant cession de la créance de cette caution, la compensation pourra être opposée.

426. Si la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, à plus forte raison peut-elle la lui opposer à raison de ce qu'il lui doit à elle-même, si d'ailleurs la créance de cette caution réunit les conditions requises à cet effet ; car celui qui compense, paye.

Toutefois, la compensation ne s'opérerait pas de plein droit entre le créancier et la caution, quand bien même l'une et l'autre dettes réuniraient toutes les conditions requises pour la compensation légale, et que la caution aurait renoncé au bénéfice de discussion ; car ce n'est point sa dette personnelle ; seulement, si elle est poursuivie pour la dette qu'elle a cautionnée, alors elle pourra opposer la compensation, mais qui ne datera que de ce moment. A plus forte raison, en serait-il de même si elle n'avait pas renoncé au bénéfice de discussion, puisque dans ce cas elle pourrait éviter de payer pour le débiteur principal, si celui-ci était en état de se libérer. D'après cela, si le débiteur vient à payer lui-même sa dette, même depuis que les deux créances ont réuni toutes les conditions requises pour la compensation légale, cette caution n'en pourra pas moins, sans craindre l'application de l'art. 1299, faire valoir, en exerçant sa créance, tous les priviléges et hypothèques qui y sont attachés, et poursuivre la caution qui lui aurait été donnée à elle-même, puisque cette créance n'a jamais été éteinte par la compensation.

426. Suivant les mêmes principes, un fidéjusseur ne peut invoquer la compensation de ce que le créancier doit au cofidéjusseur, attendu que celui-ci n'ayant pas compensé de plein droit avec le créancier, il n'est pas censé avoir payé la dette.

427. Mais si, poursuivi par le créancier, ce cofidéjusseur lui a opposé la compensation de son chef, et qu'en conséquence il ait été renvoyé de la demande, sur le fondement que la dette a été éteinte par ce moyen, la compensation qu'il a opposée équivant à un payement réel, et la dette est éteinte non-seulement par rapport à lui, mais encore par rapport aux cofidéjusseurs et au débiteur lui-même. On ne contesterait pas, dans ce cas, au cofidéjusseur qui a fait valoir la compensation, qui a ainsi donné quittance de sa propre créance, le droit de recourir contre ses cofidéjusseurs, en vertu de l'art. 2033 et contre le débiteur principal, d'après l'article 2029, puisqu'il a employé du sien pour satisfaire le créancier, et qu'il les a libérés tous envers ce dernier, comme il l'eût fait par un payement proprement dit : donc ils peuvent se prévaloir de la cause qui a produit leur libération. Vainement le créancier opposerait-il que le jugement ne fait loi qu'entre les parties (art. 1351) ; on répondrait qu'il prouve aussi bien la compensation opérée entre lui et l'un des cofidéjusseurs, et par suite l'extinction de la dette, qu'une quittance donnée par lui à ce fidéjusseur en prouverait le payement, et incontestablement un autre cofidéjusseur pourrait argumenter de cette quittance, s'il était poursuivi.

428. Quant à la question de savoir si, dans le cas d'une créance solidaire au profit de plusieurs personnes, le débiteur poursuivi par l'un des créanciers peut lui opposer la compensation à raison d'une créance qu'il a acquise sur un autre créancier, nous l'avons discutée au tome précédent, n° 178, et résolue affirmativement pour le cas où les deux créances se trouvaient réunir toutes les conditions requises pour la compensation légale au moment où les poursuites ont commencé depuis l'échéance de la créance solidaire.

129. L'article 1294, ainsi que nous l'avons plus haut, porte, dans sa dernière partie, « le débiteur solidaire ne peut pareillement pposer la compensation de ce que le créan-ier doit à son codébiteur. »

On a assimilé, sous ce rapport, un débiteur idaire à un débiteur principal qui voudrait oquer la compensation de ce que le créan-r doit à la caution; mais cette assimilation st justifiée par aucune raison solide. Il y a n, sans doute, cette similitude entre un co-biteur solidaire et une caution, que lorsque caution a payé la dette, le débiteur principal libéré envers le créancier, comme les codé-eurs solidaires sont libérés envers lui par le ement fait par l'un d'eux; mais la nature l'obligation des débiteurs solidaires n'en est moins très-différente de celle des simples itions. La caution ne doit pas pour elle-même, e doit pour un autre, et il n'y a rien d'éton-nt, d'après cela, que le véritable débiteur ne isse invoquer la compensation du chef de la ition. Au lieu que les codébiteurs solidaires ivent pour eux-mêmes, comme obligés prin-aux; et le payement fait par l'un d'eux libère is les autres. (Art. 1200.) L'on ne peut nier e celui qui a en sa faveur une cause de com-nsation légale ne soit assimilé par la loi elle-ème à celui qui a payé réellement, puisqu'elle déclare libéré de plein droit, qu'elle déclare e *la dette est éteinte*. (Art. 1290.) Si la dette éteinte, c'est donc parce qu'elle est censée yée, au moins quant à lui; or, lorsqu'il payé, ses codébiteurs sont pareillement érés.

Il n'y a rien à conclure, pour justifier cette sposition, de ce que la confusion n'éteint la tte que pour la part de celui des débiteurs i est devenu héritier unique du créancier rt. 1209); car la confusion n'est point un yement, ni n'en tient lieu, à proprement par-; elle empêche seulement l'exercice de l'ac-n, parce qu'on ne peut pas se poursuivre soi-ème : *Potiùs eximit personam ab obligatione nfusio, quàm extinguit obligationem.* D'ail-urs elle éteint du moins la dette solidaire ur la part du débiteur en la personne duquel e s'est opérée, tandis que l'article 1294 ne même pas que le débiteur solidaire peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au codébiteur, jusqu'à concurrence de la part de ce codébiteur dans la dette; ce qui avait cependant paru si juste à Domat (1), qu'il l'admet sans difficulté; car il est de l'intérêt de ce codébiteur d'être libéré au moyen de sa créance, plutôt que d'être obligé ensuite de rembourser sa part dans la dette commune à celui qui la payerait en totalité, et il est naturel aussi que le débiteur poursuivi puisse éteindre la dette par la compensation pour la part du codébiteur, plutôt que d'être obligé de payer pour lui, et d'être ainsi exposé à perdre par suite de son insolvabilité.

Si la compensation était une exception purement personnelle, pourquoi le débiteur qui, au lieu de l'opposer, a mieux aimé payer sa dette, éteinte de droit par elle, ne pourrait-il pas, pour exercer sa créance, faire valoir ses priviléges et hypothèques? Cependant l'art. 1299 dit positivement qu'il ne le peut, à moins qu'il n'eût, lorsqu'il a payé sa dette, une juste cause d'ignorer la créance qu'il pouvait opposer en compensation. La caution ne peut pas opposer au créancier les exceptions purement personnelles au débiteur principal (art. 2012 et 2036), et cependant elle lui oppose valablement la compensation du chef du débiteur lui-même (1294) : donc la compensation n'est point une exception purement personnelle.

D'où vient donc cette disposition? Elle vient d'une fausse application du droit romain faite par Pothier et autres, qui n'ont pas vu que, d'après la nature et les effets des obligations solidaires dans les principes du droit français, le droit romain lui-même, mieux interprété, admettait la compensation dans ce cas, loin de l'exclure, ainsi qu'ils l'ont cru.

En effet, Papinien, dans la loi 10, ff. *de duobus reis*, dit : *Si duo rei promittendi* socii NON SINT, *non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet;* et c'est sur ce texte que ces auteurs se sont fondés pour décider que la compensation ne peut être invoquée par l'un des débiteurs solidaires à raison de ce que le créancier doit à l'autre. Mais c'est là une

(1) *Lois civiles*, part. 1, liv. 3, tit. 3, sect. 1, n° 8.

grave méprise de leur part (1), puisque ce même texte est la condamnation de leur décision dans le droit français; car il est clair que Papinien n'excluait la compensation que lorsque la dette n'était point une dette de société, par conséquent qu'il l'admettait dans le cas où les codébiteurs étaient associés; autrement ces expressions, *si socii non sint*, seraient déplacées dans la loi; elles induiraient en erreur. D'ailleurs le motif du jurisconsulte pour décider différemment dans un cas que dans l'autre, reposait sur des principes qui n'existent précisément pas dans notre droit, et c'est ce qui rend vicieuse la disposition du Code que nous expliquons.

Dans le droit romain, en effet, ainsi que nous l'avons dit souvent, le débiteur solidaire, *reus debendi*, qui avait payé la dette, n'avait point de recours à exercer contre ses codébiteurs, si la dette n'était point une dette de société (2). La loi 62, ff. *ad legem Falcidiam*, analysée, ne laisse aucun doute à cet égard. Au contraire, lorsque la dette était une dette de société, celui qui l'avait payée la portait dans son compte, et se faisait faire raison par ses coassociés, au moyen de l'action *pro socio* : il n'avait pas besoin de se faire céder celles du créancier : son recours avait lieu de plein droit, et contre chacun d'eux, pour sa part dans la société. Dans le cas donc où le recours n'avait pas lieu, le débiteur non poursuivi n'ayant point d'intérêt à ce que le débiteur poursuivi opposât la compensation, celui-ci ne pouvait effectivement l'opposer du chef du codébiteur; tandis qu'il le pouvait lorsque c'était une dette de société, parce que ce codébiteur avait intérêt à être libéré par le moyen de la compensation dont la cause était en sa personne, puisqu'il se trouvait par là libéré définitivement (3).

430. Mais puisque, dans notre droit, le recours a toujours lieu au profit du codébiteur solidaire qui a payé la dette, lorsqu'elle n'a pas été contractée uniquement dans son intérêt, qu'il y a même subrogation de plein droit à son profit (art. 1213 et 1216 combinés); le débiteur poursuivi doit donc pouvoir opposer l[a] compensation du chef de son codébiteur, jusqu'à concurrence de la part de celui-ci dans l[a] dette; et nous pensons en effet qu'il le peut nonobstant la généralité des termes de l'articl[e] 1294, qui ne doit recevoir son application lit[t]érale que dans le seul cas où les codébiteur[s] de celui qui est poursuivi ne se sont obligé[s] solidairement avec lui que pour lui, comme se[s] cautions solidaires, cas prévu à l'art. 1216. I[l] ne pourrait en effet opposer la compensatio[n] de ce que le créancier devrait à l'un des codé[-]biteurs, même pour aucune part, parce que c[e] serait l'opposer du chef d'une caution, ce qu[e] les principes n'admettent pas.

Mais dans les cas ordinaires de dettes soli[-]daires, l'on ne voit pas pourquoi l'on ne suivra[it] pas la décision de Domat; et si l'on objecta[it] que le débiteur poursuivi qui voudrait oppose[r] la compensation de ce que le créancier doit a[u] codébiteur, et jusqu'à concurrence de la pa[rt] de celui-ci dans la dette, se mêlera ainsi d[es] affaires qui peuvent exister entre le créanci[er] et ce codébiteur; qu'il ne pourra que bien r[a]rement justifier d'une manière positive de [la] dette du créancier, nous répondrions que no[us] raisonnons dans la supposition où il fait l[es] justifications nécessaires à cet effet, soit p[ar] des preuves positives, soit par l'aveu même [du] créancier, soit par son refus de prêter le se[r]ment qui lui serait déféré sur ce point.

431. Il reste enfin à observer que, mêm[e] dans les cas de dettes solidaires contracté[es] dans l'intérêt des divers débiteurs, si un jug[e]ment a donné congé à l'un d'eux, qui a oppo[sé] de son chef la compensation au créancier, [la] dette se trouve éteinte par rapport à tous, [et] jusqu'à due concurrence, comme elle le ser[ait] par un payement, et alors les autres n'oppose[nt] pas la compensation du chef de leur codél[biteur]

(1) M. Toullier est tombé dans la même erreur, quoiqu'il admette fort bien, avec Domat, que le débiteur poursuivi devrait pouvoir opposer la compensation du chef de son codébiteur, jusqu'à concurrence de la part de celui-ci dans la dette.

(2) Sauf toutefois aussi le cas où, en payant, il s'était fait céder les actions du créancier; mais alors il agiss[ait] comme cessionnaire contre ses codébiteurs.

(3) Cujas, sur la loi 9, au Code, *De compens.*, dit [que] l'associé est, quant à la compensation, considéré com[me] une seule et même personne avec l'associé poursuivi.

ur, contre la disposition de l'article 1294; ils
ıvoquent simplement l'*extinction de la dette*,
ésultant de la compensation opérée par la loi,
invoquée par celui qui avait incontestable-
ent le droit de l'invoquer, puisque la cause
ı était en sa personne. Le créancier ne pour-
ıit pas objecter que le jugement ne fait loi
ı'entre lui et le débiteur qu'il a poursuivi,
ır il prouve la libération tout aussi bien qu'une
ıittance donnée par le créancier au débiteur,
tout aussi bien que s'il avait été rendu sur le
rment prêté par ce débiteur, auquel cas les
ɔdébiteurs pourraient l'invoquer sans le moin-
'e doute. (Art. 1365.)

432. Quant aux créances d'une société sur
créancier particulier de l'un des sociétaires,
ı aux dettes de la société envers un débiteur
ırsonnel de l'un des associés, M. Toullier
t. 7, n° 378) ne les admet pas en compensa-
ɔn. Il dit : « Une société est une personne
morale, différente de la personne naturelle de
chaque associé individuellement. Les créan-
ces de la société ne peuvent donc être com-
pensées avec les dettes de chaque associé,
lorsque ces dettes n'ont point été contractées
pour le compte de la société, mais pour son
compte particulier, et *vive versâ* (1). »

Il nous semble que cette décision est trop
nérale. Si je poursuis mon débiteur person-
l, qui est créancier de la société dont je fais
rtie, on ne voit point pourquoi il ne pourrait
s m'opposer la compensation pour la part
ur laquelle je suis tenu des dettes de la so-
été, s'il s'agit d'une société civile, et même
ur le tout, s'il s'agit d'une société commer-
ıle en nom collectif, société dans laquelle les
sociés sont tenus solidairement des engage-
ents de la société, contractés sous la raison
ciale. (Art. 22, Code de comm.) Cela ne peut
ire aucun tort aux autres associés : au lieu
devoir au tiers, ils devront à moi leur coas-
cié. Si mon débiteur me payait, ne serais-je
s obligé de lui payer de suite à mon tour ma
tte comme associé? Si je ne le faisais pas, il
rait action contre moi : les motifs de la compensation sont donc les mêmes dans ce cas que dans les autres.

Si c'est moi qui dois personnellement à un débiteur de la société, nous concevons très-bien que je ne puisse, sans un acte d'autorisation de mes associés, lui opposer en compensation la créance de la société sur lui, même pour ma part, si la société est commerciale, parce que de la sorte un associé pourrait, en créant des dettes, entraver les opérations de la société, et retirer de cette manière sa mise et au delà, avant la dissolution de la société, au détriment de ses coassociés qui ont compté sur la rentrée entière des sommes qu'ils ont stipulées des tiers. Dans ce cas, il est vrai de dire que la société est un être moral distinct de la personne naturelle de chaque associé. Mais s'il s'agit d'une société civile, nous ne voyons pas pourquoi le sociétaire, débiteur d'un débiteur de la société, ne pourrait lui opposer la compensation jusqu'à concurrence de la part qu'il a dans la créance de la société, sauf à le considérer ensuite comme ayant tiré de la caisse sociale des sommes pour ses propres besoins, à l'obliger, en conséquence, à faire raison des intérêts à ses coassociés, conformément à l'art. 1846, et sauf aussi à lui faire, s'il y a lieu, l'application de l'art. 1849. Les inconvénients ne seraient point les mêmes que dans les sociétés commerciales, où les opérations ne sauraient être entravées sans le plus grand danger pour tous les associés.

433. Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. (Art. 1295.) Il s'est par cela même reconnu son débiteur personnel, et a cessé d'être celui du cédant.

434. Il ne pourrait même ensuite, pour exercer sa créance sur le cédant, faire valoir les priviléges, hypothèques et cautionnements qui y étaient attachés, puisqu'elle a été éteinte de plein droit par la compensation, si les deux créances réunissaient toutes les conditions requises à cet effet au moment de l'acceptation de

(1) * Liége, 20 octobre 1825; Recueil de Liége, 9, 342.

la cession. Il y a absolument même motif que lorsque l'un des débiteurs a payé sa dette qui était éteinte de droit par la compensation, cas dans lequel il ne peut plus prétendre exercer les priviléges et hypothèques attachés à sa créance (art. 1299), parce qu'ils ont été éteints avec la créance ; il n'a plus qu'une simple action personnelle et nouvelle sur l'autre partie.

Le loi fait toutefois exception pour le cas où, lorsqu'il a payé sa dette, il avait une juste cause d'ignorer la créance qui devait la compenser (*ibid.*); et cette exception serait admise aussi dans le cas de l'acceptation, quoique pure et simple, de la cession qui a été faite sur lui.

435. De son côté, le cessionnaire ne pourrait faire valoir les priviléges, hypothèques et cautionnements attachés à la créance cédée, si, comme nous le supposons, la compensation avait éteint les deux dettes de plein droit avant l'acceptation de la cession; et chacun de ceux qui auraient intérêt à s'opposer à l'exercice de ces droits, pourrait prouver qu'ils ont été éteints. Il n'a pu dépendre en effet du débiteur, en acceptant la cession faite sur lui, de faire revivre, par exemple, au préjudice de sa caution, une dette qui était aussi bien éteinte de plein droit par la compensation, qu'elle l'aurait été par un payement ou par une remise; or, si c'eût été une remise qui eût été faite au débiteur, la renonciation de sa part à cette même remise n'aurait pu nuire à la caution. C'est un principe incontestable, et qui était formellement consacré par le droit romain, même en matière de remise par simple pacte (1), laquelle cependant n'éteignait pas la dette de plein droit, ne fournissait qu'une simple exception contre la demande en payement, exception personnelle au débiteur, et que la caution ne pouvait invoquer que parce que le débiteur lui-même n'en aurait pas profité, à cause du recours de la caution contre lui, après avoir payé la dette. (L. 33, ff. *de pactis.*)

Le cessionnaire ne pourrait exercer les priviléges, hypothèques et cautionnements attachés à la créance cédée, quand bien même le débiteur en aurait accepté la cession dans l'ignorance de l'existence de la créance qui a éteint sa dette par la compensation : l'exception que la loi a établie dans ce cas, l'a été en faveur du débiteur, et non en faveur des tiers, cessionnaires ou autres.

436. Mais d'un autre côté, cette ignorance du débiteur ne serait point un obstacle à ce que le cessionnaire eût action contre lui ; vainement celui-ci alléguerait-il qu'en acceptant la cession quand la dette était éteinte, il s'est obligé par erreur : il en serait de ce cas comme de celui où un délégué s'est obligé par erreur envers celui à qui il a été délégué, ce qui n'empêche point qu'il ne le soit valablement : *Si per ignorantiam promiserit, nullâ quidem exceptione uti poterit adversùs creditorem, quia ille suum recepit.* (L. 12, ff. *de novat.;* L. 44, ff. *de condict. indeb.*, et art. 1377 analysé.)

Il devrait toutefois y avoir exception si le cessionnaire, au temps de l'acceptation, connaissait, aussi bien que le cédant, l'existence de la créance que le débiteur pouvait opposer en compensation et avait colludé avec lui, pour faire accepter la cession par ce débiteur. On l'aurait décidé ainsi dans le droit romain (L. 4, § 20, *de doli mali except.*) par argument. La loi 2, § 4, ff. *de donat.*, exceptait aussi le cas où celui qui avait accepté la délégation n'était créancier qu'en raison d'une pure libéralité, parce que, n'agissant alors que pour faire un gain, tandis que le délégué combattait pour éviter le danger de perdre, au cas où son recours contre le délégant serait inefficace à raison de l'insolvabilité de ce dernier, il avait paru moins digne de faveur que celui qui s'était obligé par erreur. Or, la raison est la même dans le cas de l'acceptation, par erreur, d'une cession faite par celui qui avait cessé d'être créancier, à cause de la compensation opérée entre lui et la personne qui a accepté cette cession.

437. A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, l'art. 1295 porte qu'elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification. Jusque-là, elle n'a point

(1) L. 62, ff. *de pactis.*

péré ses effets entre le cédant et le débiteur (art. 1690); le premier est encore créancier du second, et par conséquent la compensation a pu s'opérer entre eux, même pour des causes postérieures à la cession, mais antérieures à la notification (1).

438. Mais la cession empêcherait la compensation des créances même *antérieures* à la notification, si ces créances ne réunissaient pas, au moment où cette notification a eu lieu, toutes les conditions requises pour la compensation légale, parce qu'elles n'étaient pas liquides ou exigibles. Le cessionnaire n'est obligé de souffrir d'autres compensations que celles que le débiteur eût pu opposer au cédant lui-même au moment de la signification de la cession (2). Et quant à ce que l'art. 1295 dit que la cession qui n'a point été acceptée, mais qui a été notifiée, n'empêche que la compensation des créances *postérieures à la notification*, il est clair qu'il a pour objet d'exclure toutes celles qui n'étaient point compensables au moment de la notification. Ces mots, *postérieures à la notification,* sont évidemment employés par opposition aux créances dont le débiteur pouvait faire usage envers le cessionnaire pour éteindre sa dette, et dont il est parlé dans la première partie de l'article, c'est-à-dire par opposition aux créances qui réunissaient alors les conditions requises pour la compensation; or celles dont il s'agit ne les réunissaient pas au moment de la signification de la cession, par conséquent elles n'étaient point éteintes. La date des créances est indifférente en matière de compensation; on s'attache à l'exigibilité. Si l'on objectait qu'il ne semble pas juste que l'une des parties ait pu, en cédant sa créance à un tiers, priver l'autre de l'avantage de pouvoir se libérer par la compensation lorsque la sienne serait devenue exigible, nous répondrions que cette partie avait le droit de céder sa créance tant qu'elle n'était pas éteinte, sauf à elle à exécuter ensuite son obligation. Il en serait autrement, sans doute, et la compensation pourrait être opposée au cessionnaire, si l'autre partie, qui ne se serait obligée que depuis la dette contractée à son profit, avait mis pour condition à son engagement, qu'elle ne s'obligeait qu'avec le droit de pouvoir compenser à l'échéance; alors, le cessionnaire, qui n'a que les droits du cédant, parce que celui-ci n'a pu les transporter que tels qu'il les avait lui-même, serait obligé de souffrir la compensation qui devait être opposée au cédant. Tel est aussi le sentiment de Voët.

* 439. Si, hors le cas de cette convention, la créance cédée ne réunissait pas, au moment de la notification de la cession, les conditions voulues pour la compensation, tandis que l'autre créance les réunissait, on peut élever quelque doute sur la question de savoir si celui en faveur duquel est cette dernière créance peut opposer la compensation au cessionnaire? En réalité elle ne s'était point opérée de plein droit au moment de la signification de la cession, et c'est ce qui fait la raison de douter; mais la raison de décider qu'elle peut être opposée au cessionnaire, c'est qu'elle eût pu alors être opposée au cédant; il y avait lieu à la compensation facultative, en faveur de celui qui avait cette créance; celui-ci eût pu former une demande reconventionnelle, s'il eût été poursuivi: il eût même pu, en renonçant au bénéfice du terme de sa dette, demander qu'elle fût déclarée compensée avec sa créance, alors échue, si la non-échéance du terme était le seul obstacle à la compensation; car un débiteur peut renoncer au bénéfice du terme convenu uniquement en sa faveur. Or, l'autre créancier n'a pu, en cédant sa créance, lui enlever le droit acquis de pouvoir compenser, attendu qu'il est de principe que l'on peut opposer à un cessionnaire toutes les exceptions que l'on pouvait opposer au cédant lui-même.

440. Dans le cas de plusieurs cessions successives de la même créance, il faut, quant à la compensation, distinguer entre les dettes civiles et les effets de commerce.

Pour ceux-ci, le débiteur peut bien opposer la compensation au porteur, à raison des créances qu'il aurait sur lui, mais non à raison de celles

(1) * *V.* Paris, 28 février 1825; Sirey, 26. 73.

(2) Voët, *ad Pandectas*, tit. *de compens.*

qu'il pourrait avoir sur l'un des endosseurs (1). La sûreté du commerce le veut ainsi (2) : aussi a-t-il été jugé, par arrêt du 3 septembre 1700 (3), qu'un billet à ordre, souscrit par un marchand, ayant été négocié, et le porteur d'ordre venant à en demander le payement à l'échéance, le souscripteur n'avait pu lui opposer la compensation en se fondant sur ce que celui au profit duquel il avait souscrit lui avait donné de son côté un billet de même date, de même somme et avec même échéance.

En effet, celui qui souscrit un billet à ordre ou une lettre de change, s'oblige à payer à celui qui est porteur de l'effet à l'échéance (4).

Cette décision n'est toutefois pas applicable au cas où l'endossement ne réunirait pas les conditions prescrites par l'article 137 du Code de commerce, parce qu'alors, aux termes de l'article suivant, il ne serait qu'une simple procuration pour toucher; en conséquence, le débiteur opposerait valablement au porteur la compensation qu'il pourrait faire valoir contre celui qui a fait cet endossement; car celui-ci serait encore censé propriétaire de l'effet à l'égard des tiers. Il en serait de même si l'endossement n'avait eu lieu que depuis l'échéance de l'effet; aussi est-il défendu d'antidater les ordres sous peine de faux. (Art. 139, *ibid.*) Et quant aux lettres de change qui, d'après les articles 112 et 113 du même Code, sont réputées simples promesses, il y a lieu de leur appliquer ce que nous allons dire des obligations civiles, parce qu'elles sont privées du privilége de se transmettre par voie de simple endossement avec effet de pouvoir saisir le cessionnaire.

441. En matière d'obligations civiles, s'il y a eu plusieurs cessions successives de la même créance, signifiées au débiteur, celui-ci peut opposer au second cessionnaire, 1° la compensation qu'il eût pu opposer, en tout ou partie, au créancier primitif, au moment de la signification de la première cession; 2° celle qu'il pouvait opposer au premier cessionnaire, au moment de la signification de la cession qu'il a faite lui-même; et 3° enfin à raison de causes qui procéderaient du chef du second cessionnaire lui-même. C'est la conséquence du principe que la compensation s'opère de plein droit, même à l'insu des parties; car il est clair que si elle s'était déjà opérée avant que le premier ou le second cessionnaire fût saisi par la signification de son transport, le débiteur doit pouvoir l'invoquer, puisque sa dette a été éteinte, au moins jusqu'à due concurrence. Il pourrait donc ainsi cumuler les causes de compensation procédant de ces diverses personnes, parce que la compensation éteint les dettes pour partie comme pour le tout. (Art. 1290.)

442. Nous avons dit que le débiteur, dans le cas de cession, ne peut opposer au cessionnaire la compensation du chef du cédant, pour les créances postérieures à la signification de la cession ; car elle n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Par la même raison celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut l'opposer au préjudice du saisissant. (Art. 1298.)

Il ne pourrait même l'opposer au saisissant quoique sa créance sur le saisi fût antérieure à la saisie, si, à l'époque de cette saisie, elle ne réunissait pas encore les conditions requises parce qu'elle n'était point liquide ou exigible peu importerait que sa dette les réunît ou non car, comme il n'avait pas acquis alors le droit d'opposer la compensation à son créancier, il ne peut pas la faire valoir contre celui qui est saisi du chef de celui-ci, et qui a ainsi acquis un droit personnel. Ce que nous avons dit à l'égard de la cession notifiée à l'époque où les créances particulières du débiteur étaient déjà nées, mais ne réunissaient point les conditions requises pour la compensation, s'applique également au cas de saisie-arrêt.

443. Il y a cependant cette différence entre le cas de cession et celui de saisie, que, dans celui de cession, le débiteur ne peut rien retenir de la créance cédée pour se payer de la sienne au lieu que dans celui de saisie, il peut, comme

(1) * Paris, 12 mai 1806 ; Sirey, 6, 505.
(2) *V.* Pothier, *Contrat de change*, n° 186.
(3) Rapporté au *Journal des Audiences*, t. 5, p. 862
(4) * Cass., 10 janvier 1825; Sirey, 25. 211.

out autre créancier de son créancier, venir par ontribution sur le produit de la créance saisie, t même par privilége, s'il en a un : de cette anière il compensera du moins avec la créance usqu'à concurrence de ce qui lui reviendra dans a distribution. Il peut en effet faire une saisie ntre ses mains comme tout autre créancier, uisque l'art. 557 du Code de procédure reconaît à tout créancier le droit de saisir-arrêter ntre les mains d'un tiers les sommes et effets ppartenant à son débiteur, et que la circonance que c'est lui qui est débiteur envers son ébiteur, ne doit pas le rendre de pire condion que si c'était une autre personne : or, si était un tiers qui dût à son débiteur, il pourait saisir-arrêter entre les mains de ce tiers. uant à la manière d'opérer cette saisie, elle onsisterait dans une signification faite à l'autre artie, avec assignation en validité dans le délai e droit; mais un exploit ordinaire de saisie ne ous paraît pas nécessaire, parce qu'il y a quelue chose qui répugne aux principes du droit, u'une personne se fasse signifier un acte à lle-même.

Il n'est même pas nécessaire pour cela que ette créance que le débiteur ne peut opposer a compensation au saisissant soit née avant la aisie; car, quoique née depuis, s'il ne peut élever aucun soupçon sur la réalité de son xistence, par exemple parce qu'elle est le roduit d'un legs ou de dommages-intérêts dus ar le saisi, le débiteur pourra également la aire admettre à la distribution par contribution. lais si elle est née seulement depuis la saisie, u'elle ait été contractée volontairement, et que a cause n'en soit pas évidente et légitime, le aisissant pourra la faire écarter entièrement ar rapport à lui, attendu qu'autrement les paries pourraient par collusion éluder facilement a disposition de la loi qui défend d'opposer la ompensation au préjudice des droits acquis à n tiers; il suffirait pour cela que le saisi se econnût débiteur envers le tiers saisi pour une omme si forte, que celui-ci devrait avoir la ajeure partie de la créance saisie.

444. Enfin, du principe qu'on ne peut opposer a compensation au préjudice des droits acquis à un tiers, il résulte aussi que celui qui achète un immeuble hypothéqué ne peut opposer aux créanciers hypothécaires la compensation à raison des créances qu'il a sur le vendeur; et par la même raison, celui qui se rend adjudicataire sur expropriation forcée ou sur toute autre vente faite d'autorité de justice (comme vente de biens de mineur ou d'interdit), d'un immeuble appartenant à son débiteur, ne peut compenser son prix avec celui-ci, au préjudice des créanciers qui ont poursuivi l'expropriation ou la vente. Celui qui achète *sub hastâ* n'est pas seulement débiteur de son prix envers celui dont la chose est vendue; il est aussi censé l'être envers les créanciers poursuivants (1). Mais il n'est point exclu de la distribution du produit de la vente, si ce n'est par les créanciers ayant privilége ou hypothèque sur l'immeuble aliéné.

Cinquième condition : *que les dettes ou l'une d'elles ne soient pas du nombre de celles exceptées par la loi.*

445. En règle générale, la compensation a lieu quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes. (Art. 1293.) Ainsi, je vous dois pour prêt ou pour legs, vous me devez pour achat ou dommages-intérêts, il y a compensation, si d'ailleurs les conditions voulues par la loi se rencontrent. (L. 10, §§ 2 et 3, ff. *de compens.*, et LL. 2 et 10, Cod. *eod. tit.*)

La qualité des parties est pareillement indifférente; la compensation a lieu également entre mineur et majeur, etc.; c'est la loi ellemême qui l'opère.

446. Mais suivant l'art. 1293, la règle que la compensation a lieu quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, souffre exception dans les cas suivants :

« 1° Lorsqu'il s'agit de la demande en res» titution d'une chose dont le propriétaire a été » injustement dépouillé;

» 2° D'une demande en restitution d'un dé» pôt et d'un prêt à usage;

» 3° D'une dette qui a pour cause des ali» ments déclarés insaisissables. »

(1) Voët, *de compens.*, n° 16.

447. La première de ces exceptions est tirée de la loi 14, § 2, au Code, à ce titre, ainsi conçue : *Possessionem autem alienam perperàm occupantibus compensatio non datur;* de là cet adage de droit : *Spoliatus antè omnia restituendus est.*

La seconde, en ce qui concerne le dépôt, est puisée dans la même loi, § 1er; et dans la loi ultième, au Code, *de commodato*, en ce qui concerne le prêt à usage : *Pretextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.*

448. On a objecté, quant au prêt à usage, que l'art. 1878 portant que tout ce qui est dans le commerce, *et qui ne se consomme point par l'usage*, peut être l'objet de cette convention, c'est clairement dire que ce qui se consomme par l'usage ne peut être la matière de ce prêt; or, s'il ne peut avoir lieu que d'un corps certain, il était superflu d'en interdire la compensation par une disposition spéciale, puisque la compensation n'a pas lieu à l'égard des corps certains.

On a fait la même objection au sujet du dépôt même d'une somme d'argent renfermée dans un sac cacheté, et déposée comme corps certain, et elle pourrait s'appliquer dans le même sens, à un corps certain dont le propriétaire a été injustement dépouillé.

Aussi, quelques personnes ont-elles pensé que les limitations apportées par le Code, relativement au dépôt et au prêt à usage, ont pour but d'interdire la compensation de la somme en laquelle s'est convertie l'obligation du dépositaire ou emprunteur, à titre de dommages-intérêts, pour le fait de non-restitution de la chose déposée ou prêtée; qu'autrement la disposition qui a établi ces limitations n'aurait aucun sens. Mais cette interprétation n'est pas fondée, et, de plus, elle renferme une erreur, ainsi qu'on va le voir.

D'abord, quant au cas de dépôt, on a pu avoir en vue celui d'un dépôt irrégulier, d'un dépôt de somme remise sans être dans un sac cacheté, que le dépositaire était expressément ou tacitement autorisé à mêler avec ses propres deniers, mais ne la recevant qu'à titre de dépôt, et devant en conséquence la conserver pour la rendre à la première demande, sinon les mêmes pièces, du moins la même somme.

Dans ce cas, en effet, le dépôt perd son caractère de corps certain; la chose due n'est qu'une somme, qui serait par cela même très-compensable, sans la prohibition.

Et relativement au prêt à usage, on a pu avoir en vue le cas d'un prêt fait seulement *ad ostentationem*, dont quelques lois romaines donnent des exemples : comme serait le prêt d'une somme que l'on ferait à un caissier dont la caisse doit être prochainement vérifiée, à la charge par lui de rendre les mêmes espèces; ce qui paraît à la vérité contraire à la disposition de l'article 1878 précité, qui n'admet pas que les choses qui se consomment par l'usage, par conséquent l'argent monnayé, puissent être la matière du commodat ou prêt à usage. Mais cette disposition, vraie comme principe, est susceptible de modification, lorsque les parties elles-mêmes considèrent comme corps certain la chose qui, de sa nature, se consomme par l'usage; alors, prêtée comme corps certain, et devant être rendue identiquement, le principe lui-même est observé, et cependant la compensation n'en aura pas lieu malgré le prêteur, quoique dans la réalité ce soit une somme, une chose très-compensable de sa nature.

Ainsi l'art. 1293, en interdisant la compensation lorsqu'il s'agit de la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage, recevrait parfaitement son application dans ces cas, et cesserait d'être une disposition oiseuse devant le principe que la compensation n'a pas lieu à l'égard de dettes de corps certains.

449. Et quant à l'interprétation que nous avons citée, elle est fautive sous un rapport bien plus grave, puisqu'elle aurait pour effet de faire écarter, contre tous les principes, la compensation invoquée comme moyen de satisfaction au jugement de condamnation aux dommages-intérêts, prononcé contre le dépositaire ou l'emprunteur à usage; or, c'est ce que nous ne croyons pas admissible. Pothier ne le pensait pas non plus, car, dans un traité *du Prêt à usage*, n° 44, après avoir établi en principe, comme le Code, que la compensation ne peut être invoquée par l'emprunteur, « par la raison, dit-il, qu'on ne peut opposer de com-

pensation contre la dette d'un corps certain, telle qu'est la restitution de la chose prêtée (1), il ajoute : Mais si, faute par l'emprunteur de pouvoir la rendre, parce qu'elle serait périe, ou aurait été perdue par sa faute, la dette s'était convertie en une dette de dommages-intérêts liquidés à une somme d'argent, elle serait susceptible de compensation, de même que les autres dettes de sommes d'argent. »

La chose n'a jamais en effet été entendue utrement en droit romain, d'où ces diverses xceptions au principe ont été tirées ; on a toupurs pu, dans cette législation, opposer la ompensation à l'action du jugé, *actio judicati*, uelle que fût d'ailleurs la cause de la conamnation, même un vol, ou une spoliation uelconque, par la raison très-simple que c'est xécuter le jugement, que de payer par voie de ompensation : *Eum verò qui judicati conveitur, compensationem pecuniæ sibi debitæ imlorare posse nemini dubium est.* (L. 2, Cod., oc tit.)

Et la loi 10, § 2, ff. *hoc tit.*, admet positiveient celui qui est poursuivi par l'action apelée *condictio furtiva*, action qui, ainsi que dénomination l'indique, naissait du vol, 'une spoliation, à proposer la compensation : *)uoties ex maleficio oritur actio, ut puta ex iusâ furtivâ, cæterorumque maleficiorum, si : eà pecuniarè agitur, compensatio locum haet. Idem est etsi condicatur ex causâ furtivâ.* e dernier point paraît, à la vérité, avoir été iangé par Justinien dans la loi dernière au ode, à ce titre, mais seulement en ce sens que spoliateur ne peut, *sub pretextu debiti*, éviter condamnation à la restitution de la chose ou ux dommages-intérêts ; mais cette loi n'a porté ucune atteinte au principe que la compensaon peut toujours être opposée comme exécuon du jugement.

Et que l'on ne dise pas que c'est éluder de sorte la disposition de l'art. 1293 ; non, ce 'est point l'éluder, c'est lui donner tout l'effet u'elle peut raisonnablement avoir sans blesser les principes de la matière et les autres principes du droit. En effet, ni le dépositaire, ni le commodataire, soit qu'il s'agisse d'un dépôt ou d'un commodat irrégulier ou régulier, ne pourront, sur le seul fondement qu'ils sont créanciers du demandeur *sub pretextu debiti*, éviter la condamnation à la restitution de la chose, ou à des dommages-intérêts, s'ils déclarent qu'ils ne peuvent pas la restituer, parce qu'elle est perdue ou détruite, et avec dépens ; sans préjudice encore des peines portées contre le vol et l'abus de confiance, qui pourraient être prononcées contre eux, par la voie criminelle, suivant la nature des faits de la cause, ce qui est une garantie de plus que les dispositions exceptionnelles de notre art. 1293 ne seront pas facilement éludées. Mais la condamnation à une somme pour dommages-intérêts une fois prononcée, soit par les tribunaux criminels eux-mêmes, soit par les tribunaux civils, on ne voit aucune raison qui s'oppose à ce que ce jugement, comme tout autre, s'exécute par voie de compensation, puisque celui qui compense, paye ; c'est exécuter en deniers ou en quittances. D'ailleurs, il n'est plus dû maintenant à raison de la spoliation du dépôt ou du prêt à usage ; il est dû en vertu du jugement, qui a fait novation complète de la dette. Cela est aussi incontestable qu'aucun principe de droit. Que le porteur du jugement paye lui-même sa dette, ainsi qu'il le doit, le condamné lui restituera aussitôt la somme, ou jusqu'à due concurrence ; or, les traditions ne seraient-elles pas aussi inutiles dans ce cas que dans les autres ? On n'en saurait douter ; donc la compensation peut être opposée comme moyen d'exécution du jugement qui condamne le dépositaire, l'emprunteur, et même le spoliateur, aux dommages-intérêts pour fait de non-restitution de l'objet. L'art. 1293 ne peut pas vouloir dire autre chose que ce que disaient les lois romaines sur ces mêmes cas, savoir : qu'ils ne pourront pas éviter la condamnation *sub pretextu debiti*. C'est la *rétention* de la chose sous ce *prétexte*, qu'il a eu pour but d'empêcher.

(1) On vient de voir que la chose pourrait se consommer par l'usage, mais avoir été considérée comme corps ertain.

450. L'article 1948 autorise même le dépositaire qui a fait des dépenses pour la conser-

vation de la chose déposée, à la *retenir* jusqu'à ce qu'il soit remboursé; et cela est juste, parce que le service qu'il a rendu ne doit pas l'exposer à perdre le montant de ses dépenses, ce qui pourrait arriver si le déposant était insolvable (1).

Pothier (2) et Vinnius (3) décidaient la même chose en matière de prêt à usage, en argumentant des lois 15 et 59, ff. *de furtis*. Mais comme le Code civil ne contient, relativement au prêt à usage, aucune disposition semblable à celle de l'article 1948 sur le dépôt, et que d'ailleurs les raisons ne sont pas les mêmes dans les deux contrats, puisque celui qui a fait des dépenses dans le cas du dépôt a rendu un bon office, tandis qu'il en a reçu un dans le commodat, on ne saurait, sans le faire arbitrairement, appliquer aussi cette disposition à ce dernier contrat, d'autant mieux que la controverse qui s'est élevée sur ce point n'a pas dû être ignorée des rédacteurs du Code.

451. La dernière exception est le cas d'une dette qui a pour objet des aliments déclarés insaisissables; mais comme, d'après l'art. 581-4° du Code de procédure, les dons et legs pour aliments sont insaisissables, encore que l'acte de donation ou le testament ne contienne pas la déclaration d'insaisissabilité, on doit conclure de là que, déclarés tels par la loi, c'est comme s'ils l'avaient été par le donateur ou le testateur lui-même, et en conséquence, que celui qui les doit ne peut, en général, opposer la compensation au créancier de ces aliments, quoiqu'ils n'aient point été déclarés expressément insaisissables par l'acte de donation ou le testament (4).

452. Cette exception s'applique aux dons et legs annuels faits aux hospices et autres établissements de charité, parce que ces dons sont de véritables dons faits aux indigents. (Voët, *ad Pandectas*, n° 16.)

453. Mais cet auteur dit avec raison que la compensation n'est point interdite au débiteur des aliments qui les a fournis lui-même, et pour ce qui lui est dû à cet égard. Tel serait le cas où il aurait payé la pension de celui à qui les aliments sont dus, ou qu'il l'aurait nourri chez lui. L'article 582 du Code de procédure permettant de saisir les provisions alimentaires pour cause d'aliments, l'on doit décider en effet que celui qui a fourni les aliments peut en opposer la compensation à la somme qu'il doit à ce titre.

Et comme le même article permet pareillement la saisie aux créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il déterminera, la compensation pourrait s'opérer d'après cette permission, et pour la somme qu'elle aurait fixée.

Art. II.

Effets de la compensation.

454. Lorsque toutes les conditions que nous venons de développer se rencontrent, la compensation éteint de plein droit les dettes, comme le ferait un payement véritable; elle est l'image du payement. Par conséquent elle efface les priviléges et les hypothèques de l'une et l'autre dettes, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, et libère les cautions dans la même proportion.

455. Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit les règles établies pour l'imputation par l'art. 1256. (Art. 1297.)

En sorte que si la compensation s'est une fois opérée de plein droit, il n'est pas plus permis aux parties d'en diriger l'effet sur une autre dette, au préjudice de ceux qui auraient intérêt à l'acquittement de celles qui a été éteinte, qu'elles ne pourraient changer une imputation que la loi elle-même avait dirigée en l'absence d'une imputation expresse de leur part lors du payement.

(1) * Toullier, tome 7, n° 385.

(2) *Contrat de prêt à usage*, nos 43 et 80.

(3) *Quæst. select.*, lib. 1, cap. 5.

(4) * L'art. 1293 n'admet aucune différence entre les termes échus et ceux à échoir de la pension alimentaire. (Brux., 17 janvier 1835; J. de B., 1835, 84.)

456. Aussi, comme nous l'avons dit dans le cours de la matière, celui qui paye une dette qui était de droit éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. (Art. 1299.)

Mais il serait dans le cas de l'exception si, par exemple, cette créance lui était échue par une succession dont il ignorait l'ouverture, ou même simplement le droit, au moment où il a payé sa dette. Elle ne serait éteinte qu'en droit pur, mais non suivant l'équité; ce qui suffit pour qu'elle soit réputée subsister encore pour servir de fondement aux priviléges et hypothèques qui y sont attachés.

457. Le principe et l'exception s'appliquent, au surplus, aussi bien en ce qui concerne la caution qu'en ce qui concerne les priviléges et hypothèques; la raison est absolument la même. S'il n'en est point parlé dans l'article, c'est une omission, ou bien parce qu'on a pensé que cela était inutile. On ne prétendrait pas en effet que l'une des parties, en payant sa dette, éteinte de plein droit par la compensation (article 1290), a pu volontairement la faire revivre, au préjudice de la caution; cela serait contraire à tous les principes (L. 62, ff. *de pactis*); or, il en doit être, quant à la disposition exceptionnelle, du cautionnement comme des hypothèques, puisque si la créance était considérée comme éteinte dans ce cas, les hypothèques le seraient par cela même dans l'intérêt des tiers.

458. Et la disposition principale elle-même n'est applicable qu'aux cas où la créance dont il s'agit était éteinte de plein droit par la compensation, parce que l'une et l'autre des dettes réunissaient les conditions requises à cet effet; en sorte qu'elle ne s'applique même point à celle des deux parties dont la créance réunissait ces conditions, et qui a payé une dette qui ne les réunissait pas; car cette créance n'a jamais été éteinte *de plein droit* par la compensation; il n'y avait lieu qu'à la compensation facultative lorsque l'autre dette a été payée.

459. La compensation détruisant l'action, elle peut être opposée en tout état de cause, même en appel pour la première fois. (Article 464, Cod. de procéd.) Elle peut aussi, comme nous l'avons dit plus haut, être opposée après la condamnation, et comme moyen d'exécution du jugement, soit que la dette opposée fût antérieure à ce jugement, soit qu'elle lui fût postérieure; et, dans le premier cas, soit qu'elle eût été opposée à la demande, soit que l'on n'en eût pas parlé. Cependant il est besoin de distinguer quant à ce point (1).

460. Si le juge a déclaré qu'il n'y avait pas lieu à la compensation, sur le motif que le défendeur n'était pas créancier de son côté, parce que la cause sur laquelle il fondait sa créance n'était point légale, ou parce que la créance était déjà prescrite avant que la compensation se fût légalement opérée, ou parce qu'elle était entachée d'un vice qui la détruisait, il est clair que l'exception de la chose jugée s'élevant désormais contre cette créance, il n'y a plus lieu à l'opposer en compensation (2). Mais si le juge ne l'a écartée que parce qu'elle n'était pas alors suffisamment justifiée, qu'elle n'était point liquide, ou pour défaut d'échéance du terme, la partie condamnée pourra en demander le payement lorsqu'elle sera en état de faire les justifications requises, ou lorsque le terme sera

(1) * La compensation peut être opposée à l'exécution d'un jugement, même rendu en dernier ressort, qui condamne à payer la dette compensée. (Brux., 10 mars 1814, *Pasicrisie* à cette date.)

La compensation tient lieu de payement et peut être opposée comme une quittance à l'exécution; elle produit l'effet de toutes les exceptions péremptoires : on peut l'opposer en tout état de cause sur l'appel (C. pr. 464), et même après la condamnation. (L. 2, Cod. *de compens.*, Voët, L. 16, tit. II, nº 2; Perezius, *ad Cod.*, L. 4. tit. XXXI nº 21; Dalloz, 21, 51, nº 10; Toullier, 7, nº 388.)

Il suffit, pour qu'elle opère, qu'elle soit proposée, même implicitement, avant l'exécution consommée. La compensation opère de plein droit, en ce sens que, quand elle est alléguée et accueillie par le juge, elle a un effet rétroactif au moment où les dettes respectives se sont rencontrées. (C. civ., 1290.) (Même arrêt; Toullier, 7, nº 344; Voët, *ib.*)

(2) L. 7, § 1, ff. *de compensat.*

échu; et elle pourra en conséquence l'opposer en compensation à d'autres dettes dont elle se trouverait tenue envers la même personne, et même sur l'exécution du jugement, s'il n'était point encore exécuté à cette époque (1).

Art. III.

Des demandes reconventionnelles.

461. On entend par demande reconventionnelle, ou *reconvention,* une demande que le défendeur dirige contre l'action intentée contre lui, pour en repousser ou atténuer les effets, et qui, par cela même, est formée devant le juge qui est saisi de cette action : *Reconventio est mutua rei petitio ad petitionem actoris redacta* (2).

462. La coutume de Paris, et plusieurs autres, portaient que *reconvention n'a lieu en cour laie, si elle ne dépend de l'action,* c'est-à-dire que la reconvention devait être une défense naturelle à l'action du demandeur, de sorte que le défendeur se constituait par là évidemment demandeur : comme, par exemple, lorsque je formais contre quelqu'un demande d'une somme de tant, qu'il avait touchée pour moi dans la gestion de mes affaires, et que de son côté il formait ensuite contre moi, dans la même instance, demande d'une somme à raison des déboursés qu'il avait faits dans sa gestion, et pour venir en déduction et compensation de celle qu'il pouvait me devoir. On n'admettait, en un mot, de demande reconventionnelle qu'autant qu'elle était connexe à la demande principale, qu'elle s'y rattachait par des faits connexes à ceux qui servaient de base à cette demande (3).

463. Mais les canonistes tenaient au contraire que la reconvention était admise en *cour ecclésiastique,* quoiqu'elle ne fût pas fondée sur des faits connexes à ceux de la demande principale (4).

464. M. Merlin fait observer que cette distinction provenait de ce que, dans les tribunaux séculiers, la justice était considérée comme patrimoniale (5), mais que la patrimonialité des justices ayant été abolie par les lois du 4 août 1789, rien ne s'oppose plus à ce que le défendeur puisse former toutes sortes de demandes, quoiqu'elles ne dépendent point de la première. Aussi, dans tous les cas où le défendeur est en droit d'opposer la compensation, quoiqu'on ne pût pas la lui opposer, il peut former une demande reconventionnelle, ou à fins de compensation : par exemple, dans le cas où il doit six pièces de vin en général de tel canton, et qu'on lui doit six pièces de vin déterminées du même canton, si on lui demande les six pièces de vin qu'il doit, il peut demander de son côté qu'elles soient compensées avec celles qui lui sont dues ; puisque celles-ci font partie de la classe de choses dans laquelle il peut prendre ce qu'il doit pour le payer à son créancier.

465. Mais lorsque la compensation s'est opérée de plein droit, ce n'est pas, dans les vrais principes, par reconvention que se défend

(1) L. 7, § 1, ff. *de compensat.*

(2) * La demande en reconvention est admissible sous l'empire du Code de procédure.

Il faut pour l'admettre que la demande principale originaire et celle en reconvention reposent sur le même titre; qu'il y ait ainsi connexité entre elles, et que cette dernière soit une défense à la première. (La Haye, 24, mai 1824; J. du 19e s., 1825, 3, 266; Dalloz, 8, 312 et 319.)

Si la reconvention qui procède du même titre que la demande principale est recevable, elle ne peut du moins avoir plus d'effet que la compensation, et doit ainsi reposer sur des dettes également exigibles et liquides.

Une demande principale en payement de fermages arriérés, non contestés, ne peut être suspendue par une conclusion en dommages-intérêts formée reconventionnellement par le fermier, sous prétexte de défaut d'entretien de l'héritage affermé, alors que cette prétention, qui a déjà donné lieu à des contestations, est incertaine dans sa durée et ses résultats.

Dans ces circonstances il est du devoir du juge de disjoindre les deux causes dont il se trouve saisi et de statuer sommairement sur la cause principale. (Brux., 16 avril 1832; J. du 19e s., 1832, 3, 288. Mais *V. ibid*, 40, 1827, 81; et J. de B., 1832, 1, 16; 1834, 374.)

(3) Dict. de Guyot, vo *Reconvention.*

(4) M. Merlin, *Rép.*, vo *Reconvention.*

(5) Et l'on conçoit qu'on ne cherchât guère à y diminuer le nombre des procès, puisque c'était un produit considérable.

le défendeur; il se défend comme il se défendrait en opposant un payement ou tout autre moyen d'extinction des obligations. (Art. 1234 et 1290 combinés.) La compensation, en effet, détruit l'action, au lieu que la reconvention en présuppose l'existence, puisqu'elle est formée pour la combattre. Cependant l'usage est de former, même dans ces cas, une demande par exploit, quoique cela ne soit certainement pas de rigueur : il suffit de justifier de la cause de compensation, opposée comme moyen de *défense*, ainsi qu'il faudrait justifier d'un payement allégué; et cela est vrai aussi dans la plupart des cas où la compensation est simplement facultative. En demandant acte au tribunal de l'offre de compenser, le cours de l'action principale doit être aussitôt arrêté. Toutefois comme, dans ces derniers cas, le demandeur ne pouvait pas savoir si le défendeur voudrait user de la faculté de compenser, celui-ci doit supporter les frais de la demande, et ceux faits jusqu'au moment où la compensation aurait été opposée.

466. Dans la reconvention proprement dite telle que l'admettait la coutume de Paris, le tribunal compétent pour connaître de la demande principale, l'était aussi pour connaître de la demande reconventionnelle; en sorte que, quelle que fût la qualité du demandeur, il ne pouvait user de privilége pour faire séparer cette dernière demande, et l'attirer à son propre tribunal : il y avait prorogation légale de juridiction, en vertu du principe que généralement (pas toujours) le juge de l'action est juge de l'exception.

Mais quoique la reconvention se confonde aujourd'hui volontiers, du moins très-souvent, avec une demande à fins de compensation, et que la compensation ait lieu quelles que soient les causes de l'une et l'autre dettes (sauf quelques exceptions); néanmoins, si celle qui serait formée n'était pas, à raison de la matière, de la compétence du tribunal saisi de la demande principale, elle devrait être écartée. Tel serait le cas où, devant un tribunal de commerce, l'on formerait une demande reconventionnelle à raison d'une dette dont on prétendrait que le demandeur est débiteur en qualité d'héritier de telle personne, et que celui-ci contesterait sa qualité d'héritier; alors le tribunal saisi devrait renvoyer les parties devant les tribunaux ordinaires pour statuer sur cette qualité (art. 426, Cod. de procéd.) et sur la dette (1).

SECTION V.

DE LA CONFUSION.

SOMMAIRE.

467. *Diverses significations du mot* confusion, *en droit.*

468. *Énumération des cas ordinaires dans lesquels s'opère la confusion considérée comme moyen d'extinction des obligations.*

469. *La confusion a lieu pour une partie de la dette ou de la créance, en proportion de la part de l'héritier dans la succession.*

470. *Renvoi pour le cas où l'un des débiteurs solidaires succède au créancier, ou* vice versâ, *ou l'un des débiteurs à un des codébiteurs.*

471. *Cas où c'est l'un des créanciers solidaires qui succède au débiteur, ou* vice versâ, *ou l'un des créanciers à l'autre.*

472. *La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions.*

473. *Lorsque c'est le débiteur qui succède à la caution, ou la caution au débiteur, le cautionnement est bien éteint, mais les hypothèques fournies par la caution ne le sont pas.*

474. *Le cautionnement fourni par la caution elle-même ne l'est pas non plus.*

475. *Et si l'engagement de la caution était, sous quelque rapport, plus avantageux pour le créancier que celui du débiteur, le créancier conserverait ses droits.*

476. *Si c'est le créancier qui succède à la cau-*

(1)* Brux., 21 avril 1818 : J. de B., 1818, 1, 314; Dalloz, 5, 361, 365, et 436; Despréaux, *Tr. de la compét.*, n° 96.

tion, ou la caution au créancier, le cautionnement est pareillement éteint, mais sans préjudice des indemnités particulières dont le débiteur pourrait se trouver redevable envers la caution, à raison de frais faits, ou autre cause.

477. *Dans le cas où une personne qui a cautionné plusieurs débiteurs solidaires a succédé à l'un d'eux, ou* vice versâ, *et a payé la dette, comment se règle le recours contre chacun.*

478. *Il n'y a pas confusion lorsque l'un des cofidéjusseurs succède à l'autre : conséquence.*

479. *Quand l'État recueille par droit de déshérence les biens de son débiteur, qui lui avait fourni une caution, il n'y a pas confusion, et la caution peut encore être poursuivie, sauf à l'État à imputer sur la dette ce qu'il a retiré des biens du débiteur.*

480. *La cession de la créance n'empêche point la confusion de s'opérer, si le créancier succède au débiteur, ou* vice versâ, *avant la signification ou l'acceptation du transport, sauf le recours du cessionnaire.*

481. *La créance de l'héritier sur le défunt, ou sa dette envers lui, sont comptées pour calculer la réserve.*

482. *L'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire empêche la confusion de s'opérer : conséquence.*

483. *Les effets de la confusion cessent, même à l'égard des tiers, lorsque l'acceptation de la succession est régulièrement rescindée ou révoquée.*

484. *Il en est de même dans le cas d'exclusion de l'héritier pour cause d'indignité.*

485. *Mais dans le cas de restitution des biens pour cause de substitution fidéicommissaire, les créances et les dettes du grevé sur ou envers le disposant ne renaissent pas avec effet contre les cautions.*

486. *Les hypothèques ou autres droits réels qu'avait l'acquéreur sur l'immeuble acquis, renaissent après le délaissement de l'immeuble ou l'adjudication faite sur l'acquéreur.*

487. *Les effets de la confusion n'ont pas lieu, de droit commun, entre le vendeur de l'hérédité et l'acheteur; mais ils n'ont pas moins lieu à l'égard des tiers, cautions ou autres.*

467. La confusion, dans le sens que les jurisconsultes attachent à ce terme, est généralement la réunion de plusieurs qualités qui se combattent, s'excluent réciproquement et s'entre-détruisent.

Ce mot a plusieurs acceptions en jurisprudence. Tantôt il signifie le concours, dans la même main, des différents droits qui peuvent exister sur la même chose, et qui, jusqu'à la confusion, avaient été distincts et séparés : comme lorsque la nue propriété est acquise à l'usufruitier, ou que l'usufruit se réunit à la propriété, ou bien quand le propriétaire d'un fonds, au profit duquel il existe une servitude, acquiert le fonds assujetti, ou *vice versâ;* ou bien encore lorsque le créancier hypothécaire acquiert l'immeuble hypothéqué, etc.

Il signifie quelquefois le mélange de plusieurs matières appartenant à différentes personnes, et la confusion, dans ce cas, est une manière d'acquérir la propriété, et rentre dans le *droit d'accession,* que nous avons traité au deuxième volume.

Enfin il exprime le concours, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur de la même dette; c'est de cette espèce de confusion qu'il s'agit dans le titre que nous expliquons maintenant, et que le Code range au nombre des manières d'après lesquelles s'éteignent les obligations.

Nous disons *de la même dette,* parce que, dans le cas de la compensation, la même personne est bien aussi créancière et débitrice, mais ce n'est pas de la même dette, il y en a deux; aussi l'art. 1300 est-il fort inexactement rédigé quand il dit que, « lorsque les qualités » de créancier et de débiteur se réunissent » dans la même personne, il se fait une confu- » sion de droit qui éteint les *deux créances;* » car il n'y a dans ce cas, comme dans les cas ordinaires, qu'une seule créance, et une seule obligation, corrélative, de quelque manière qu'on envisage la chose; au lieu que dans le cas

de la compensation, il y a deux créances et deux obligations corrélatives.

468. La confusion, à l'effet d'éteindre les obligations, a lieu en général dans les cas suivants, sauf l'application des principes sur l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire, et dont nous dirons un mot tout à l'heure :

Lorsque le créancier devient l'héritier du débiteur, ou que le débiteur devient l'héritier du créancier;

Lorsque le créancier devient l'héritier de l'un des débiteurs solidaires, ou *vice versâ*, ou que l'un des débiteurs solidaires succède à l'autre;

Quand l'un des créanciers solidaires devient l'héritier du débiteur, ou le débiteur l'héritier de l'un des créanciers, ou que l'un de ceux-ci succède à l'autre;

Lorsque le débiteur succède à sa caution, ou la caution au débiteur;

Quand la caution devient héritière du créancier, ou le créancier héritier de la caution;

Ou que la caution succède à l'un des débiteurs solidaires, ou en sens inverse;

Lorsque la caution succède à l'un des créanciers solidaires, ou *vice versâ;*

Ou une des cautions à son cofidéjusseur;

Et enfin quand le fisc succède à son débiteur ou à son créancier, ou à deux personnes dont l'une était créancière de l'autre.

La confusion a également lieu quand le créancier succède à son débiteur, à un autre titre que celui d'héritier proprement dit, et qui l'oblige à en payer les dettes : comme lorsqu'il devient son légataire ou donataire universel, ou à titre universel; ou bien, en sens inverse, lorsque le débiteur succède au droit du créancier à quelqu'un de ces titres.

469. La confusion ne s'opère toutefois que pour une partie de la dette correspondante à celle pour laquelle le créancier a succédé à son débiteur, ou le débiteur à son créancier; en sorte que si Primus doit 1,000 fr. à Secundus, et que celui-ci devienne héritier de Primus pour un quart, la dette n'est éteinte par la confusion que pour 250 fr. seulement; et chacun des autres héritiers peut réclamer sa part, suivant ce qui a été dit en parlant de la division des dettes, au tome précédent. Mais pour plus de facilité dans les explications, par rapport aux cas de cautionnement et de créances ou de dettes solidaires, nous supposerons un héritier unique.

Si la dette était de quelque chose d'indivisible, ou les autres héritiers l'exécuteraient spécialement, et alors Secundus leur devrait une indemnité pour la part qu'il doit en supporter; ou elle se convertirait elle-même en une indemnité, et, dans ce cas, chacun d'eux lui devrait le quart de la somme, en supposant qu'ils fussent héritiers chacun pour un quart.

Si un tiers succède au débiteur et au créancier, la double confusion qui s'opère dans cette hypothèse, n'éteint l'obligation que pour la part héréditaire du tiers dans chacune des successions (1).

470. Quant au cas où l'un des débiteurs solidaires devient héritier unique du créancier, ou que le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs; à celui où l'un des débiteurs ne devient héritier du créancier, ou le créancier héritier de l'un des débiteurs que pour partie seulement; et enfin à celui où l'un des débiteurs devient héritier de l'un de ses codébiteurs, *voyez* ce qui a été dit au tome précédent, n° 222.

471. Si c'est l'un des créanciers solidaires qui succède au débiteur, ou bien le débiteur à l'un des créanciers, la créance ou la dette est diminuée par l'effet de la confusion, pour la part du créancier héritier, ou décédé. Cependant si le bénéfice de l'obligation n'était point, à raison de la nature de la chose due, ou de quelque autre circonstance particulière, partageable entre les divers créanciers, chacun de ceux-ci pourrait encore exiger l'exécution totale de l'obligation, nonobstant la circonstance que l'un d'eux a pris la place du débiteur, en devenant son héritier, ou que le débiteur a pris celle de l'un des créanciers.

Que si l'un des créanciers solidaires est de-

(1) *V.* tome précédent, n.° 273.

venu héritier unique de l'un de ses cocréanciers, il a action à double titre contre le débiteur; en sorte que la remise qu'il aurait faite personnellement, ou le serment qu'il aurait déféré au débiteur, n'ayant effet que pour sa part (1198 et 1365), il pourrait encore demander le tout comme héritier de l'autre créancier; comme il le pourrait de son chef, si c'était son auteur qui eût fait la remise ou déféré le serment. La loi 93, *princip.*, ff. *de solut.*, confirme pleinement cette décision.

472. La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions. (Art. 1301.) De là, si le débiteur devient l'unique héritier du créancier, ou le créancier l'unique héritier du débiteur, il est clair que le cautionnement est entièrement éteint par l'effet de la confusion totale de l'obligation principale.

473. Si c'est à sa caution que le débiteur a succédé, ou si c'est la caution qui a succédé au débiteur, le cautionnement est pareillement éteint pour la partie pour laquelle le débiteur est devenu héritier de la caution, ou la caution héritière du débiteur; il est absorbé par l'obligation principale (1). Cependant les hypothèques fournies par la caution sur ses biens subsistent toujours (L. 38, § *ult.* ff. *de solut.*); car elles ont été données aussi pour sûreté de l'exécution de l'obligation principale, puisqu'elles l'ont étépour sûreté de celle de la caution, qui en répondait; or, il n'y a d'éteint que le cautionnement.

474. La caution qu'a fournie la caution elle-même, et qu'on appelle ordinairement certificateur de caution, n'est pas libérée par la confusion qui s'est opérée entre le débiteur et sa caution, en devenant héritier l'un de l'autre. (Même loi et article 2035.)

475. Au surplus, si l'engagement de la caution était plus avantageux pour le créancier que celui du débiteur principal, la confusion n'aurait pas pour effet d'éteindre l'action contre la caution. Tel serait le cas où un majeur aurait cautionné l'obligation d'un mineur, et que ce mineur serait devenu l'héritier de la caution : il aurait bien l'exception de minorité, s'il avait été lésé par le contrat. (Art. 1305.) Mais il ne pourrait cependant repousser l'action, à cause de sa qualité d'héritier de la caution, puisque celle-ci n'eût pu se prévaloir de la minorité du débiteur principal (2). (Art. 2012 et 1125.) Comme, en sens inverse, si c'est la caution majeure qui a succédé au mineur, principal obligé, elle ne pourra pas, pour se dispenser de payer la dette, se prévaloir de l'exception qui compétait à son auteur.

476. Si c'est le créancier qui a succédé à la caution, il n'y a plus de cautionnement, car je ne puis être caution à mon profit, et le débiteur ne serait passible de l'action *mandati contraria*, qu'autant que la caution se trouvait, au moment de sa mort, avoir fait des déboursés à raison du cautionnement; auquel cas le créancier exercerait l'action née du contrat pour ce qui lui resterait dû, et l'action de mandat pour les déboursés faits par la caution, action qui, à raison des intérêts, et même de l'intérêt des intérêts payés par elle (art. 1155, deuxième alinéa), pourrait être plus avantageuse pour le créancier que celle du contrat; elle pourrait l'être aussi sous quelques autres rapports, et le créancier pourrait aussi réclamer les frais qui avaient été faits contre la caution à laquelle il a succédé.

En sens inverse, si c'est la caution qui a succédé au créancier, il y a bien aussi extinction du cautionnement, parce qu'elle ne peut pas se poursuivre elle-même; mais si elle avait payé quelque chose pour le débiteur avant la mort du créancier, ou subi des frais, elle exercerait son recours contre lui par l'action du mandat, qui, ainsi que nous venons de le dire, pourrait

(1) *V.* la loi 3, *princip.*, ff. *de separationibus*. Toutefois les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir admis unanimement que le cautionnement fût éteint par la confusion opérée entre le débiteur et la caution, en devenant héritier l'un de l'autre. *V.* à cet égard la loi 93, *ult.*, ff. *de solut.*, où Scævola dit que Pomponius était à ce sujet contraire au sentiment de Sabinus, qu'il adopte toutefois lui-même.

(2) *Facit.*, L. 3, *princip.*, ff. *de separat.*

être plus avantageuse dans certains cas, que celle née du contrat qu'elle avait cautionné. La loi 21, § 5, *de fidejuss. et mandat.*, est positivement en ce sens.

477. Celui qui a cautionné plusieurs débiteurs solidaires, et qui a succédé à l'un d'eux. est bien obligé avec les autres d'une manière principale, mais n'a-t-il contre eux l'action en recours, après avoir payé la dette, que comme l'aurait eue le défunt si c'était celui-ci qui l'eût payée, c'est-à-dire contre chacun d'eux pour sa part dans la dette et les insolvabilités, s'il y en a? ou bien a-t-il l'action solidaire contre chacun d'eux, pour la répétition de ce qu'il a payé, moins toutefois la part du débiteur qu'il représente?

S'il a déclaré, en payant, payer comme caution, il a l'action solidaire; l'article 2030 est aussi applicable à ce cas, car ce n'est que par rapport au débiteur auquel il a succédé que le cautionnement est éteint et absorbé par l'obligation principale; il subsiste toujours quant aux autres débiteurs; par conséquent il donne lieu contre eux à l'action qui en dérive; or, cette action est solidaire. Mais si la caution a payé en qualité d'héritier de l'un des débiteurs, elle n'a contre les autres qu'une action divisée. S'il n'a pas été dit dans la quittance en quelle qualité elle payait, elle sera censée avoir payé en qualité de caution plutôt qu'en qualité d'héritier du débiteur décédé, lorsqu'elle ne sera pas seule héritière et qu'elle aura payé toute la dette, ou même simplement au delà de sa part héréditaire; dans le cas contraire, elle sera censée avoir payé plutôt en qualité de débiteur qu'en qualité de caution.

Si c'est au contraire l'un des débiteurs solidaires qui a succédé à la caution, et qu'il ait déclaré, en payant, payer comme caution, il a l'action solidaire contre les autres débiteurs, moins sa part dans la dette et dans les insolvabilités, s'il y en a. Mais si cette déclaration n'existait pas, il serait censé avoir payé en sa qualité de débiteur solidaire; en sorte que pour son recours, il n'aurait contre ses codébiteurs qu'une action divisée.

478. Si l'une des cautions succède à l'autre, leurs obligations ne se confondent point, *quia ejusdem sunt potestatis*, et le créancier aura contre celle qui a succédé, l'action à raison de la promesse de chacune d'elles (L. 21, § 1, ff. *de fidejuss. et mandat.*), ce qui peut lui être avantageux même dans le cas où il n'y aurait pas plus de deux cautions, s'il y avait lieu au bénéfice de division : par exemple, si le défunt ou l'héritier pouvait opposer une exception personnelle.

479. Enfin, si l'État, à défaut d'héritiers, succède à son débiteur, qui lui avait donné une caution, il ne se fait pas de confusion, parce que l'État ne recueille les biens que sous bénéfice d'inventaire, et en conséquence la caution n'est pas libérée, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que l'État a retiré des biens du débiteur, ses autres dettes payées, puisqu'il n'y a de biens que dettes déduites. (L. 45, § 11, *de jure fisci.*) Toutefois le trésor doit exercer d'abord les priviléges qu'il pourrait avoir sur les biens du débiteur, et venir par contribution avec les autres créanciers sur le produit des biens, pour ses créances non privilégiées ou hypothécaires; et ce serait seulement pour le déficit qu'il aurait action contre la caution. (Même loi, et Voët *ad Pendectas*, tit. *de solutionibus*, n° 26.)

Mais si c'est à son créancier que l'État succède, il y a confusion, et extinction de la dette de l'État.

Dans le droit romain, l'on décidait que lorsque le fisc succédait à Titius, débiteur de Sempronius, et ensuite à Sempronius, il s'opérait confusion, et en conséquence que la caution que Titius avait donnée à Sempronius était libérée. Mais s'il y avait deux débiteurs solidaires à l'un desquels seulement le fisc avait succédé, ainsi qu'au créancier, les cautions de ce débiteur étaient bien libérées, parce qu'à leur égard la confusion opérée à raison de la personne pour laquelle elles avaient répondu équipollait au payement fait par cette personne; mais ni le codébiteur ni les fidéjusseurs qu'il avait donnés n'étaient libérés, parce que par rapport à eux la confusion n'équipollait pas au payement. (L. 71, ff. *de fidejuss. et mandat.*

Nous nous sommes expliqué sur les effets de

la confusion lorsque le créancier succède à l'un des débiteurs solidaires, ou l'un des débiteurs solidaires au créancier, effets réglés par l'art. 1209. Quant au premier cas ci-dessus, on déciderait chez nous qu'il n'y a pas confusion, parce que l'État ne recueille les biens du débiteur, comme ceux du créancier, que sous bénéfice d'inventaire; par conséquent, si ce qu'il retirerait de ceux de Titius ne suffisait pas pour payer sa dette envers Sempronius, il serait bien fondé à exiger le surplus de la caution donnée par Titius.

480. Si même, depuis que Paul m'a transporté sa créance sur Philippe, il devient son unique héritier avant que j'aie fait signifier mon transport à ce dernier, ou que je le lui aie fait accepter par acte authentique, il s'opère confusion et extinction de la créance, avec tous ses accessoires, tels que cautionnements, priviléges et hypothèques. (Art. 1300 et 1690 combinés.) Mais comme Paul doit m'en garantir l'existence, et me garantir aussi de toute perte arrivée par son fait, et que c'est en se portant héritier de Philippe qu'il a donné lieu à la confusion de s'opérer, il me doit indemnité pour la valeur de la chose dont je suis privé. Il en serait de même si c'était le débiteur qui eût succédé au créancier cédant, car il répondrait du fait de son auteur quant à la cession, et de son propre fait quant à l'acceptation de l'hérédité de celui-ci.

Mais si le transport fait à mon profit avait déjà été signifié ou accepté au moment où mon cédant est devenu héritier du débiteur, ou le débiteur héritier du cédant, il ne se serait pas fait confusion, parce qu'il n'était plus dû à ce dernier; j'étais devenu créancier à sa place.

481. Ainsi que nous l'avons dit, au tome IV (nº 333), la dette de l'héritier, même pure et simple, envers le défunt, ou du défunt envers l'héritier, fait partie de l'actif ou du passif, pour calculer le montant des réserves, nonobstant la confusion; car elle n'éteint pas absolument l'obligation, elle détruit plutôt l'action, parce qu'on ne peut se poursuivre, qu'elle ne détruit l'obligation elle-même : *potiùs eximit personam ab obligatione confusio, quàm extinguit obligationem,* disent les docteurs. Aussi n'empêchait-elle point, dans le droit romain (1), et dans les pays de la France où il s'observait anciennement, d'avoir égard à cette dette ou créance, comme à toute autre, pour faire le calcul de la *quarte Falcidie.*

482. L'effet du bénéfice d'inventaire est d'empêcher la confusion de s'opérer au préjudice de l'héritier qui accepte la succession de cette manière (2). (Art. 802.)

L'héritier peut donc, d'après cela, poursuivre la caution que le défunt lui avait donnée (3). Toutefois il doit lui justifier de l'état de l'inventaire, si elle l'exige, et se payer d'abord avec les valeurs qu'il a entre les mains, s'il n'y a pas d'opposition de la part des créanciers; s'il y en a, il doit prendre part aux distributions, et ne pas laisser absorber tout le gage commun par eux; il doit conserver ses droits autant que possible, dans l'intérêt de la caution. (Article 2037.)

Et *vice versâ*, si c'est l'héritier qui est débiteur, sa caution n'est pas libérée envers les créanciers ni même envers les légataires, s'il n'y a pas de quoi payer toutes les dettes et acquitter tous les legs.

L'héritier bénéficiaire ne confondant point ses biens et ses droits avec ceux du défunt, il conserve comme tout autre créancier les priviléges et hypothèques qu'il a reçus pour sûreté de sa créance. (Art. 875.)

483. Les effets de la confusion opérée par l'acceptation pure et simple de l'hérédité du débiteur par le créancier, ou de l'hérédité du créancier par le débiteur, cessent lorsque l'acceptation est rescindée pour cause de violence ou de dol, conformément à l'art. 783 (4), ou lorsqu'une femme mariée a accepté l'hérédité sans être autorisée par son mari ou par justice,

(1) Lois 5, 6, 8 et 14, Cod. *ad legem Falcidiam.*

(2) *V.* tome IV, nºs 46 et suivants.

(3) Arrêt de la cour de cassation du 1er décembre 1812 : *Journal du Palais*, tome 36, page 369.

(4) Cet article ne parle point du cas de violence, mais il n'est pas douteux qu'il n'y soit implicitement compris; car la violence renferme le dol. *V.* tome III, nº 452.

et dans tout autre cas, en un mot, où l'acceptation est révoquée ou rescindée. Alors les droits et les obligations sont censés n'avoir point été éteints, même par rapport aux cautions, aux priviléges et aux hypothèques.

484. Lorsque la succession est enlevée à l'héritier pour cause d'indignité, il est clair que les créances que le défunt avait sur lui renaissent, car l'acceptation de l'hérédité ne doit profiter en rien à l'indigne (1).

Quant à ses créances sur le défunt, elles ne renaissaient pas dans le droit romain (2); mais nous avons démontré, sur le titre *des successions* (3), et en citant à l'appui de notre décision celles de Lebrun et de Lacombe, qu'il n'en doit pas être ainsi dans notre droit, où il n'est jamais permis, sous un prétexte quelconque, de s'enrichir aux dépens d'autrui. C'était, dans le droit romain, le fisc qui profitait de la succession, et tout ce qui pouvait en servir les intérêts n'avait pas été négligé, jusqu'à ce qu'enfin l'abrogation des lois caducaires, par Justinien (4), ait mis des bornes à son avidité. Chez nous ce serait celui qui a fait exclure l'indigne qui profiterait de ses créances sur le défunt, et il n'y a aucun motif pour qu'il doive en être ainsi.

La révocation du titre d'héritier dans l'indigne doit même avoir des effets absolus, qui détruiront ceux de la confusion; par conséquent, les hypothèques et cautionnements qu'il avait donnés pour sûreté de sa dette, ou qui lui avaient été donnés pour sûreté de sa créance, doivent être réputés n'avoir pas été éteints. Il est *exclu* de la succession, et traité, en conséquence, comme s'il n'y avait pas été appelé, quoiqu'il ne faille d'ailleurs pas confondre l'indignité avec l'incapacité, au moins dans la doctrine.

485. Et lorsque celui qui a recueilli la succession de son débiteur ou de son créancier était chargé d'en conserver les biens et de les rendre, à sa mort, à un tiers, et que la substitution est venue à s'ouvrir, alors il a le droit de réclamer sa créance de l'appelé, ou celui-ci celle du défunt contre lui.

Mais nous croyons que dans ce cas la confusion a eu des effets absolus relativement aux hypothèques, priviléges et cautionnements, et que la créance ou la dette renaît seulement entre les parties ou leurs représentants. Car l'obligation de restituer les biens n'a point empêché le grevé d'être héritier, à la différence des cas précédents, où la rescision de l'acceptation, ou l'exclusion de la succession, ont fait que celui qui y était appelé n'a eu que temporairement un titre, qui a ensuite été effacé. D'ailleurs, les cautions ne pourraient pas rester dans cet état pendant la vie du grevé.

486. Si un créancier hypothécaire s'est rendu acquéreur de l'immeuble hypothéqué, son hypothèque est bien éteinte, parce qu'on ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose; mais elle renaît après le délaissement ou l'adjudication faite sur lui. (Art. 2177.)

487. Les effets de la confusion peuvent enfin être modifiés par une convention expresse ou tacite : comme lorsqu'un héritier vend l'hérédité ou ses droits successifs à un tiers. Alors il a contre l'acheteur les actions qu'il avait contre le défunt, et l'acheteur a contre lui celles qu'avait ce dernier; le tout à moins de convention contraire. (L. 2, § 18, ff. *de hæredit. venditâ*, et articles 1697, 1698 analysés et combinés.) Mais la confusion n'en a pas moins eu lieu en ce qui concerne les tiers, et en conséquence, les hypothèques et cautionnements qui avaient été fournis à l'héritier par le défunt ou au défunt par l'héritier, n'en sont pas moins éteints. (Art. 2180 et 2034.) L'héritier n'a pu les faire revivre au préjudice des tiers, pas plus qu'un débiteur ne peut, en payant sa dette qui était éteinte de droit par la compensation, faire revivre les priviléges et hypothèques qui étaient attachés à sa créance. (Art. 1299.) L'art. 1263 fournit encore une preuve à l'appui de cette décision, qui s'applique même au cas où l'héritier n'avait point encore fait acte d'acceptation au moment de la vente de l'hérédité ou de ses droits successifs, et que c'est par cette vente qu'il a

(1) *V*. tome III, nº 124.
(2) Lois 8 et 17, ff. *de his quæ ut indign. aufer.*
(3) Tome III, nº 125.
(4) *V*. la loi unique au Code, *de caducis tollendis.*

accepté la succession (art. 780) (1); car l'acceptation ayant un effet rétroactif au jour de l'ouverture de l'hérédité (art. 777), c'est de ce moment même que la confusion a opéré ses effets.

SECTION VI.

DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE.

SOMMAIRE.

488. *Observation préliminaire sur la matière, et renvoi à un volume précédent quant à la responsabilité des fautes, à la mise en demeure, et à ses effets.*
489. *Texte des art.* 1302 *et* 1303.
490. *Les dispositions de ces articles ne s'appliquent point aux dettes de sommes, ou de quantités, ou de choses dues,* in genere.
491. *Elles s'appliquent aux dettes d'une chose à prendre dans un genre limité, lorsque tout ce genre est venu à périr par cas fortuit, ainsi qu'aux dettes alternatives, lorsque toutes les choses comprises dans l'obligation ont aussi péri par cas fortuit.*
492. *Ce qu'on entend par cas fortuit.*
493. *Pour que le cas fortuit libère le débiteur, il faut qu'il n'ait pas été amené par sa faute ou par son fait.*
494. *La mise hors du commerce de la chose, parce que l'État en a réclamé la cession pour cause d'utilité publique, est assimilée à sa perte réelle, quant à la libération du débiteur.*
495. *La perte de la chose due, dans les ventes et échanges faits purement, ne dispense pas l'acheteur ou le coéchangiste de payer le prix ou de livrer la chose promise en retour.*
496. *Dans les obligations sous condition suspensive, la chose est aux risques du débiteur tant que la condition est en suspens; renvoi, ainsi que pour le cas où la condition est résolutoire.*
497. *L'extinction de l'usufruit, de l'usage et des servitudes, par la perte de la chose, ne dispense pas de payer ce qui a été promis pour la constitution de ces droits.*
498. *Le louage est résilié par la perte de la chose; il en est de même de la société, lorsque l'un des associés y a mis la jouissance seulement de la chose, et la perte est supportée par lui seul.*
499. Secùs *quand il y a mis la propriété.*
500. *Diverses interprétations de l'article* 1867, *première partie.*
501. *Pour que le débiteur soit libéré par la perte de la chose arrivée par cas fortuit, il est nécessaire qu'il ne fût pas en demeure.*
502. *Mais des offres régulières ont purgé la demeure.*
503. *Et le débiteur en demeure qui ne s'est pas chargé des cas fortuits, est libéré si la chose eût dû également périr chez le créancier dans le cas où elle lui aurait été livrée.*
504. Quid *si le créancier soutenait qu'il l'aurait vendue?*
505. *Le débiteur qui s'était chargé des cas fortuits ne répond plus que de sa faute, lorsqu'il a mis le créancier en demeure de recevoir la chose.*
506. *De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix; mais* quid *si la chose eût dû également périr dans la main du propriétaire si elle ne lui avait pas été volée?*
507. *Cas où la chose due a été mêlée à d'autres, de manière à n'en pouvoir être séparée, ou à ne pouvoir l'être sans inconvénients, ou lorsqu'on en a fait une nouvelle espèce.*
508. *Si la chose a péri par la faute du débiteur, ou depuis sa mise en demeure, quand il n'est pas prouvé qu'elle aurait dû périr également chez le créancier, la caution n'est point libérée.*
509. *Mais le débiteur n'est point responsable du fait de la caution, à moins qu'il ne l'ait garanti.*

(1) *V.* tome III, nos 391 et suivants.

510. *Renvoi quant à la perte de la chose arrivée par le fait ou la faute de l'un des débiteurs solidaires.*

511. *Cas où la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un des débiteurs non solidaires, ou de l'un des héritiers du débiteur.*

488. En traitant des conditions requises pour la validité des contrats (1) nous avons suffisamment développé tout ce qui est relatif aux choses qui peuvent en être l'objet ou la matière; aussi n'avons-nous maintenant à raisonner que dans la supposition d'une obligation légalement formée, mais qui s'est éteinte par la perte de la chose due; ce qui suppose que la perte est arrivée depuis le contrat, puisqu'autrement il n'y aurait pas eu de contrat du tout (art. 1601), et par conséquent point d'obligation à éteindre.

Nous avons pareillement expliqué ce qui est relatif aux soins que le débiteur d'un corps certain et déterminé doit apporter à sa garde et à sa conservation (2); aux dommages-intérêts dont il est passible pour l'avoir laissé périr ou se détériorer par sa faute, et à l'effet de la demeure en laquelle il a été constitué de le délivrer : en sorte que nous n'avons ici qu'à résumer les développements dans lesquels nous sommes entré dans le cours de la matière, touchant la perte de la chose due que le Code considère comme une des manières dont s'éteignent les obligations.

489. L'art. 1302, qui consacre ce mode de libération, est ainsi conçu :

« Lorsque le corps certain et déterminé, qui » était l'objet de l'obligation, vient à périr, est » mis hors du commerce ou se perd de manière » qu'on en ignore absolument l'existence, l'obli- » gation est éteinte, si la chose a péri ou a été » perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il » fût en demeure.

» Lors même que le débiteur est en de- » meure, et s'il ne s'est pas chargé des cas » fortuits, l'obligation est éteinte, dans le cas » où la chose fût également périe chez le » créancier, si elle lui eût été livrée.

» Le débiteur est tenu de prouver le cas » fortuit qu'il allègue.

» De quelque manière que la chose volée ait » péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense » pas celui qui l'a soustraite, de la restitution » du prix. »

Et l'article suivant porte que, « lorsque la » chose est périe, mise hors du commerce ou » perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, » s'il y a quelques droits ou actions en indem- » nité par rapport à cette chose, de les céder » à son créancier. »

490. Analysons chacune de ces dispositions.

Ce mode d'extinction des obligations, comme on le voit, ne s'applique qu'aux dettes dont l'objet était un corps certain, ou une chose qui était devenue corps certain par des offres de payement; car pour celles qui consistent dans une chose indéterminée, comme un cheval, en général, ou dans une quantité de chose d'une certaine espèce, comme cent hectolitres de froment, elles ne sauraient s'éteindre par ce mode, puisque l'on ne peut pas dire qu'une chose indéterminée a péri, d'où les docteurs ont déduit cet axiome : *genus aut quantitas non perit.* En sorte que celui qui doit une somme n'est point libéré par l'incendie qui a détruit tout son numéraire et même toutes ses autres choses, toutes ses ressources : *Incendium œre alieno non liberat debitorem.* (L. 11, Code, *si certum petatur.*) Et cela s'applique à toute dette de quantité ou de choses dues en général.

491. Mais si la chose fait partie d'une classe limitée, comme un des chevaux de mon écurie, six pièces du vin actuellement contenu dans mon cellier, la perte par cas fortuit de toute cette classe de choses éteint pareillement l'obligation; comme dans les obligations alternatives proprement dites, la perte arrivée par cas fortuit de toutes les choses qui étaient comprises dans l'obligation, opère la libération du débiteur, soit que le choix fût au créancier, soit qu'il appartînt au débiteur lui-même. *Voyez* ce

(1) *V.* tome V, chap. 2, sec. 3.

(2) Même volume, chap. III, sect. 2 et 3.

qui a été dit sur ces différents cas, au tome précédent, quand nous avons traité des obligations alternatives et *facultatives*.

492. On entend par *cas fortuit*, un événement amené par une force majeure à laquelle on n'a pu résister. (L. 18, *princip.*, ff. *commodati vel contrà*.) Tels sont les cas d'incendie, de ruine, de naufrage, d'invasion, de pillage, de mort naturelle des animaux, d'enlèvement d'un champ par inondation, etc. (1).

493. Mais il faut que l'événement qui a fait périr la chose due n'ait point été causé lui-même par la faute ou le fait du débiteur ou détenteur de l'objet, autrement celui-ci ne serait point libéré.

494. La mise hors du commerce de la chose due est assimilée à sa perte réelle quant à l'extinction de l'obligation; car, *placet obligationem extingui, si in eum casum inciderit, à quo incipere non potuisset*. (L. 140, § 2, ff. *de verb. oblig.*) Tel serait le cas où, vous ayant vendu un certain terrain sous une condition suspensive, ou avec réserve d'usufruit, ou simplement livrable au bout d'un certain temps, l'État a réclamé la cession de ce terrain pour cause d'utilité publique, moyennant une juste et préalable indemnité. (Art. 545.) Il est clair que je ne puis plus vous le livrer. Dans le cas de la vente sous condition, et tant que la condition ne serait pas accomplie, ce serait de moi que la cession devrait être réclamée, parce que je serais encore propriétaire; dans les autres, ce serait de vous, parce que vous l'étiez devenu par le seul consentement (art. 1138 et 1583), nonobstant la réserve d'usufruit, ou de jouissance pendant le temps fixé, et quoique le prix par vous promis n'eût point encore été payé; sauf à moi à réclamer de vous une part dans l'indemnité obtenue, pour privation de ma jouissance.

Dans les anciens principes, comme le vendeur, même dans les ventes pures et simples, restait propriétaire de la chose vendue tant qu'il n'en avait pas fait la délivrance, c'eût été de lui que la cession aurait dû être réclamée, et s'il n'avait pas encore été payé de l'indemnité (parce qu'alors le principe de l'indemnité *préalable* n'existait pas), il cédait à l'acheteur son action contre l'État. Mais aujourd'hui cette cession d'action ne serait point nécessaire; la disposition de l'art. 1303, dont l'application, au surplus, est devenue assez rare par l'effet du nouveau principe que la propriété est transférée par le seul consentement, serait évidemment superflue dans ce cas.

495. Du reste, dans les ventes et contrats d'échange faits purement, la perte de la chose depuis le contrat ne dispense par l'acheteur de payer le prix, ou le coéchangiste de livrer ce qu'il a promis, à moins de convention contraire, ainsi que nous l'avons démontré en parlant des effets de l'obligation de donner, t. V, chap. III, sect. 2, § 2.

496. Au contraire, dans les contrats faits sous condition suspensive, la perte de la chose arrivée pendant que la condition est en suspens, concerne celui qui l'a promise sous cette condition, lequel, par conséquent, n'a pas droit au prix qui aurait été stipulé aussi, à moins de convention contraire. *Voy. ibid.* et tome VI, chap. IV, sect. 1re, § 2.

Et *voyez*, pour les contrats sous conditions résolutoires, les distinctions qui ont été faites à ce sujet au § suivant de la même section.

497. Les droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de servitude sont bien éteints aussi par la perte de la chose sur laquelle ils ont été établis, mais le prix, s'il en a été stipulé un, n'en doit pas moins être payé, s'il ne l'a déjà été, suivant ce que nous avons démontré quand nous avons traité de ces différents droits. En effet, ce prix n'a pas été promis pour une jouissance successive de la chose, et en retour d'une obligation du propriétaire d'en faire jouir pendant un certain temps l'usufruitier ou l'usager; il a été promis pour la constitution d'un droit établi *semel et simul*, et chacun perd le droit qu'il a sur l'objet, lorsqu'il vient à périr.

(1) § 3, Instit. *de empt. et vend.*

498. Mais il en est autrement dans le louage des choses. Dans ce contrat, le locateur s'oblige, par la nature même du contrat, et sans qu'il y ait besoin de stipulation particulière, à faire jouir le preneur de la chose louée (art. 1719) : il lui promet une jouissance successive, et c'est en raison de cette jouissance successive qu'il stipule un prix qui lui sera successivement payé : d'où il suit que le contrat de bail étant résolu par la perte de la chose (art. 1741), le bailleur réclamerait *sine causâ* un prix pour une jouissance qu'il ne procure plus, n'importe quelle qu'en soit la cause.

C'est par suite du même principe que, lorsqu'un associé a promis d'apporter à la société la jouissance de sa chose, et que cette chose vient à périr, la société est dissoute, même par rapport à tous les associés (art. 1867), et la chose a péri pour lui, suivant la règle *res perit domino,* et il ne peut prétendre avoir droit aux bénéfices pour sa part, qu'autant qu'il y en a dans ce moment.

499. Au lieu que s'il eût apporté dans la société la propriété même de la chose, la société n'eût point été dissoute par la perte de cette chose (*ibid.*), et la perte eût été supportée, non par lui, qui n'était plus propriétaire de l'objet, mais par la société elle-même, qui l'était devenue.

Cela ne saurait souffrir aucun doute dans le cas où la chose serait venue à périr après avoir été livrée à la société, mais aussi dans celui où l'associé n'avait point encore effectué sa mise, fait la délivrance de l'objet à la société au moment où il est venu à périr; car, dans cette hypothèse aussi, la société était tout aussi bien devenue propriétaire de cet objet par la promesse faite par l'associé de le livrer à la société, de le mettre dans la société, de le mettre en commun, qu'un acheteur est devenu propriétaire de la chose vendue par le seul consentement des parties sur la chose et le prix, quoique la chose n'ait point encore été livrée ni le prix payé. (Art. 1583.) Aussi la loi elle-même assimile-t-elle la société vis-à-vis de l'associé, en cas d'éviction du corps certain que celui-ci avait promis d'y apporter, à un acheteur vis-à-vis de son vendeur, et lui donne en conséquence les mêmes actions en garantie. (Art. 1845.)

D'ailleurs quand bien même, comme dans les anciens principes, la société ne serait point devenue propriétaire de l'objet par le seul fait de la promesse de l'associé, qu'il eût fallu de plus pour cela la délivrance de la chose, et qu'ainsi le principe nouveau que la propriété est transférée par le seul consentement (art. 1138) souffrirait exception en matière de société, cette exception, dont on ne saurait au surplus pénétrer le motif, n'empêcherait point que l'associé ne dût être considéré comme débiteur envers la société, de la chose qu'il avait promis d'y apporter (même art. 1845); or, à ce titre, il serait encore libéré par la perte de la chose arrivée par cas fortuit et avant qu'il fût en demeure, s'il n'avait pas pris sur lui les cas fortuits jusqu'à la délivrance (même art. 1138 et art. 1302); car la société étant créancière, la chose a dû périr pour elle, suivant la règle *omnes debitores rei certæ interitu rei liberantur.* Aussi dans l'ancien droit, ainsi que nous l'enseigne Pothier dans son *Traité de la société,* nul doute que la chose n'eût péri pour la société, quoiqu'elle eût péri avant la délivrance faite par l'associé à la société, et bien qu'alors l'associé fût, jusqu'à cette délivrance, encore propriétaire de la chose, tout comme un vendeur l'était tant qu'il n'avait pas fait la tradition. On n'appliquait ni à l'un ni à l'autre le principe *res perit domino;* on appliquait au contraire à tous deux la règle *omnes debitores rei certæ interitu rei liberantur*, attendu que la propriété, dans leurs mains, n'était que nominale, obligés qu'ils étaient de livrer la chose, même avec ses accessoires et ses accroissements, s'il y en avait. Aujourd'hui la chose périt pour la société, comme pour l'acheteur, par l'effet de l'une et de l'autre règles.

500. Mais quel est donc le cas que l'on a pu avoir en vue dans l'article 1867, en disant : « Lorsque l'un des associés *a promis de mettre* » *en commun la propriété d'une chose,* la perte » survenue avant que la mise en soit effectuée, » opère la dissolution de la société par rapport » à tous les autres; » tandis que la dernière

partie du même article porte que « la société » n'est pas rompue par la perte de la chose » dont la propriété a déjà été apportée à la » société? »

D'abord, il est clair que, dans le premier cas, on a bien entendu que la perte de la chose serait supportée par l'associé, et non par la société, puisque autrement il n'y avait aucun motif pour déclarer la société dissoute, les parties pouvant la dissoudre elles-mêmes, si cela leur eût convenu. Si l'on a prononcé la dissolution de plein droit de la société, c'est donc évidemment pour que l'associé ne pût pas prétendre au droit de prendre part dans ce que les autres y avaient mis ou promis d'y mettre. Aussi eût-il été plus exact de dire, dans ce système, que la société était réputée non avenue, au lieu de la déclarer dissoute. Quoi qu'il en soit, le cas qu'on a pu avoir en vue ne se présente pas clairement à l'esprit, ce qui a donné lieu à plusieurs interprétations de ce texte.

Quelques-uns ont dit qu'on avait probablement eu en vue le cas où l'un des associés avait *promis* de mettre en commun la propriété d'une chose qui ne lui appartenait pas, qui appartenait à un tiers, en se faisant fort du propriétaire, cas dans lequel il n'a pas pu, par le fait, en conférer la propriété à la société, et remplir par là son obligation. Car, a-t-on dit, si la chose eût appartenu à l'associé, pourquoi la promesse de celui-ci, d'en mettre en commun la propriété, n'aurait-elle pas eu le même effet qu'une promesse de vente, qui vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix? (Art. 1589.) Or, en matière de promesse de vente, comme en matière de vente, puisque l'une vaut l'autre, la chose périt pour l'acheteur, et non pour le vendeur, qui n'en a pas moins droit au prix, loin que la promesse de vente ou la vente soit réputée non avenue. D'ailleurs la promesse de mettre en commun est comme toute autre promesse de livrer et de donner; elle constitue un débiteur et un créancier, et la perte de la chose promise libère le débiteur.

On pourrait ajouter que la promesse d'apporter telle chose à la société, d'y mettre telle chose, de mettre en commun tel objet, est la promesse de mettre en commun la *propriété* de cet objet, lorsqu'il n'est pas dit que ce sera seulement sa jouissance qui sera mise dans la société. Dans l'ancien droit, où la propriété n'était pas transférée par le seul consentement, l'associé, par sa promesse d'apporter à la société tel objet, ne faisait réellement autre chose qu'une promesse *de mettre en commun la propriété de cet objet*, et cependant la perte survenue n'opérait pas plus la dissolution de la société et n'était pas plus supportée par lui seul, que si elle eût eu lieu après la délivrance de l'objet à la société.

Néanmoins, nous ne pensons pas que ce soit à ce cas que l'on ait songé, parce qu'il n'est pas ordinaire que l'on promette de livrer la chose d'autrui, même en se portant fort du propriétaire; et puis, parce que cette promesse *de se porter fort*, et de payer en conséquence les dommages-intérêts à la société en cas de refus du tiers de ratifier, eût dû pleinement remplacer la propriété de la chose dans la main de l'associé, équipoller à l'obligation de celui-ci de mettre cette propriété dans la société, et par cela même empêcher la perte de retomber sur lui seul, par la dissolution de cette société.

D'autres ont dit qu'on avait pu avoir en vue le cas d'un associé qui, ayant un objet, une maison par exemple, avait promis de mettre dans la société le prix qu'on en retirerait en la vendant, mais que la maison étant venue à périr, elle avait péri pour lui parce qu'il n'en avait point transféré la propriété à la société, qui se trouvait ainsi dissoute même par rapport à tous les associés, faute par lui de pouvoir réaliser la promesse qu'il avait faite d'y mettre le prix de cette maison.

Cette interprétation aussi paraît bien divinatoire; le texte de l'article y résiste plus encore qu'à la précédente, car, si ce n'est point la propriété de la maison que l'associé a promis de mettre en commun, si c'est seulement la propriété du prix que l'associé ou la société en retirerait en la vendant, il n'est pas vrai de dire que la chose dont l'associé avait promis de mettre en commun la propriété est venue à périr, puisqu'elle n'a jamais existé : il ne pouvait en effet y avoir de prix que par la vente, qui précisément n'a pas eu lieu. D'ailleurs, un prix n'est pas un corps certain, et l'article 1867

statue évidemment sur un cas de corps certain.

Une troisième interprétation est plus plausible, et, malheureusement encore, le texte même de cet article ne s'y prête que bien difficilement, parce que la rédaction n'a pas répondu à la pensée probable des auteurs du Code. On suppose qu'ils ont eu en vue le cas prévu dans la loi 58, *princip.*, ff. *pro socio.* L'espèce de cette loi est celle-ci : Vous avez trois chevaux et j'en ai un ; nous convenons que vous recevrez le mien pour vendre les quatre chevaux ensemble, afin d'en tirer meilleur parti, et que vous me remettrez le quart du prix : *Cùm tres equos haberes, et ego unum, societatem coïmus*, UT ACCEPTO EQUO MEO, *quadrigam* VENDERES, ET EX PRETIO QUARTAM MIHI REDDERES. Le jurisconsulte Ulpien dit, d'après Celse, qu'il n'y a pas de société entre nous, et en conséquence, que si mon cheval est venu à périr avant la vente, la perte est supportée par moi seul, parce que nous n'avons pas réuni les chevaux pour en former un attelage qui dût être commun entre nous, mais bien seulement pour les vendre plus avantageusement. Chacun de nous, en effet, est resté exclusivement propriétaire de sa chose, et c'était seulement le prix à provenir de la vente des quatre chevaux qui devait être partagé. Tandis que si la convention eût été de mettre dès à présent les chevaux eux-mêmes en commun, la perte de celui que je devais fournir, quoique arrivée avant la tradition ou réunion de mon cheval aux vôtres, eût dû être supportée en commun, parce que la société aurait été formée quant aux chevaux eux-mêmes, et non pas seulement quant au prix qu'on se proposait d'en retirer en les vendant ensemble : *Si igitur antè venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere. Nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coïtam societatem : cæterùm, si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in eâ tres partes haberes, ego quartam non dubiè adhuc socii sumus.*

Ce n'est pas là, comme on le voit très-bien, la promesse de mettre en commun la propriété de quelque chose, si ce n'est dans le dernier cas prévu par le jurisconsulte ; mais alors précisément il y a société, et la perte de l'un des chevaux est supportée par tous les associés, dans la proportion de leur mise respective. Au lieu que les termes de l'art. 1867 supposent une convention par laquelle l'une des parties *a promis de mettre en commun la propriété d'une chose;* or, dans notre droit surtout, cette promesse devrait être considérée comme une mise effectuée réellement, puisque promesse de vente vaut vente, puisque promesse de livrer et donner est translative de propriété, et puisqu'enfin une promesse constitue une obligation, et que tout débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de l'objet, lorsqu'elle est arrivée sans sa faute et avant qu'il fût en demeure : en sorte qu'il y avait aujourd'hui deux raisons pour une pour que la perte fût supportée par la société, et non par l'associé, et il n'y en avait point pour déclarer la société *dissoute,* si cet objet ne se trouvait pas le seul qui en composât le fonds. On devra donc, lors de la révision du Code, si jamais il en est fait une, changer la rédaction de cette première partie de l'article 1867, qui paraît heurter non-seulement les principes nouveaux, mais encore les principes anciens, tous sainement interprétés.

501. Pour que le débiteur soit libéré par la perte du corps certain qui faisait la matière de l'obligation, il faut non-seulement que la perte soit arrivée sans sa faute, mais encore avant qu'il fût en demeure, et qu'il n'eût pas pris sur lui les cas fortuits. Comme nous avons expliqué avec étendue tout ce qui est relatif aux fautes et à la mise en demeure, nous ne reviendrons pas sur ces points ; ce serait une répétition inutile.

502. Nous ferons seulement remarquer que les offres régulières purgent la demeure en laquelle le débiteur était constitué, et rapportent de la sorte sur le créancier les cas fortuits qui pesaient sur le débiteur (1). (L. 91, § 3, ff. *de verb. oblig.*, et L. 72, §§ 1 et 3, ff. *de solut.*)

503. Le débiteur, même constitué en demeure non purgée, est pareillement libéré par la perte

(1) *V.* tome V, nos 48 et suivants.

arrivée par force majeure, s'il n'a pas pris sur lui les cas fortuits, et si d'ailleurs la chose eût dû également périr chez le créancier si elle lui avait été livrée; car alors le retard du débiteur n'a, en réalité, causé aucun tort au créancier, et l'intérêt est la mesure des actions. Mais ce serait au débiteur à prouver non-seulement le cas fortuit qu'il allègue pour sa libération (art. 1315), mais encore que la chose eût dû également périr entre les mains du créancier, si elle lui eût été livrée : par exemple, si c'est un cheval légué déjà atteint d'un vice mortel au moment de la demande en délivrance du legs, l'héritier prouvera l'existence de ce vice; si c'est une maison qui était due et qu'elle ait péri par le feu du ciel ou par suite d'un incendie communiqué du dehors, le débiteur sera libéré en prouvant comment la perte est arrivée, et en établissant par là qu'elle serait arrivée tout de même si la chose eût été livrée au créancier.

504. Que si le créancier soutenait qu'il aurait tiré parti de la chose avant que le cas fortuit n'arrivât, par exemple qu'il l'aurait vendue, on estimerait en général le mérite de son allégation d'après les circonstances de la cause et la nature de sa profession. (*Voy.* à cet égard la loi 47, § *fin.*, ff. *de legatis* 1°, et L. 40, *princip.*, ff. *de petit. hæred.*, par argument.)

505. Lorsque le débiteur s'est chargé des cas fortuits, il est superflu d'entrer dans le détail des circonstances qui ont fait périr ou disparaître la chose, puisqu'il est responsable de la perte survenue même avant d'avoir été constitué en demeure, et qu'il n'en est affranchi que depuis des offres régulièrement faites, auquel cas il demeure seulement responsable de son dol ou de sa grande faute, s'il a gardé la chose chez lui, au lieu d'user de la faculté que lui donnait l'art. 1264 de se faire autoriser par la justice à la mettre en dépôt dans un autre endroit, après avoir fait sommation au créancier de l'enlever.

506. De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix. Le voleur est toujours en demeure de restituer la chose volée (1); les cas fortuits retombent donc sur lui, *quod ità receptum fuit odio furti et violentiæ.* Aussi, dans le droit romain (2), dont Pothier a adopté la décision, on n'entrait point dans l'examen des causes qui avaient pu faire périr la chose dans la main du voleur, et l'on n'avait non plus aucun égard à l'allégation et à la preuve même de celui-ci que la chose eût dû également périr chez le propriétaire, si elle ne lui eût pas été soustraite, parce que, dit le jurisconsulte Triphonius, dans la loi 19, ff. *de vi et vi armatâ, ex ipso tempore delicti plusquàm frustrator debitor constitutus est.*

L'article 1302 dit bien que de quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix; mais il ne dit pas également que de voleur doive supporter la perte de la chose lors même qu'il démontrerait qu'elle eût péri chez le propriétaire, s'il ne l'eût pas soustraite : comme serait le cas d'une soustraction faite dans un incendie qui aurait détruit tous les effets du propriétaire, tout un quartier; il ne dit pas que, de quelque manière *et dans quelque circonstance que la chose volée soit venue à périr*, la perte doit en être supportée par celui qui l'a soustraite; et le Code n'admet dans aucun cas que l'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, même aux dépens de celui qui a envahi de mauvaise foi l'immeuble d'un tiers, et qui a fait sur cet immeuble des constructions (art. 555), cas dans lequel ce possesseur de mauvaise foi perdait, dans le droit romain, ses matériaux et sa main-d'œuvre, tellement qu'il ne pouvait revendiquer les matériaux même après la démolition de l'édifice. (§ 30 *ex diverso, Instit. de rerum divisione.*) Or, ne serait-ce pas s'enrichir aux dépens du voleur, que de lui faire payer la valeur d'une chose dont il n'a rien retiré, et qui, on le suppose en fait, aurait dû périr

(1) L. 8, § 1, ff. *de condict. furtiv.*

(2) L. *ult.*, ff. *de condict. furtivâ*, et L. 19, ff. *de vi et vi armatâ.*

également chez le propriétaire, si elle ne lui eût pas été volée? A nos yeux cela n'est pas douteux. Qu'on lui applique les dispositions pénales portées contre le vol, rien de mieux, parce qu'il y a un délit à punir; mais quant aux dommages-intérêts, qui ne peuvent jamais consister que dans la perte que l'on a faite et dans le gain dont on a été privé (art. 1149), il n'en doit pas être dû par celui qui n'a causé aucune perte réelle, quelque blâmable que soit d'ailleurs son action. Au surplus, il est clair que si la chose a péri chez le voleur par suite d'un vice dont elle était déjà atteinte dans le temps où elle était encore chez le propriétaire, on ne pourra avoir égard qu'à la valeur qu'elle avait à cette époque, en supposant encore qu'elle eût quelque valeur, ce qui serait bien difficile à supposer dans le cas, par exemple, d'un cheval atteint du vice de la morve au moment où il a été volé.

507. Lorsque la chose due a été mêlée par le débiteur, ou par un tiers, avec d'autres dont elle ne peut plus être séparée, comme du vin avec d'autre vin, ou lorsqu'elle ne peut être séparée sans inconvénient, ou qu'elle a été employée à faire une nouvelle espèce, alors on applique les règles sur l'accession, le mélange ou la spécification, règles que nous avons développées au tome II.

508. Si la chose due a péri par le fait ou la faute du débiteur, la caution est tenue comme lui des dommages-intérêts, parce qu'elle répond de ses faits (art. 2011); *nam in totam causam spoponderit.* (L. 91, § 4, *de verb. oblig.*)

Il en est de même si la chose est venue à périr, même par cas fortuit, depuis la mise en demeure du débiteur. (L. 58, § 1, ff. *de fidejuss. et mandat.*, et L. 24, § 1, ff. *de usuris*); lorsque toutefois il n'est pas prouvé qu'elle eût dû également périr chez le créancier, si elle lui avait été livrée. (Art. 1302.) L'obligation du débiteur s'étant perpétuée par sa mise en demeure, celle de la caution s'est perpétuée également.

509. Mais au contraire, si la chose a péri par le fait de la caution, ou depuis que cette caution a été mise en demeure, sans que le débiteur l'ait été, ce dernier n'est point responsable de la perte, si d'ailleurs il n'y a aucune faute à lui reprocher; car le débiteur n'est point obligé pour la caution, et le fait de celle-ci est par rapport à lui comme le fait d'un étranger. (L. 32, § 5, ff. *de usuris*, et L. 49, ff. *de verb. oblig.*)

Il en serait autrement si le débiteur avait garanti les faits de la caution, ainsi que cela a lieu lorsqu'elle s'oblige solidairement avec lui (art. 1216); alors l'art. 1205 serait applicable.

510. Et suivant cet article, si la chose due a péri par le fait ou la faute de l'un des débiteurs solidaires, ou depuis sa mise en demeure, les codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; et en cela leur obligation est *perpétuée*, comme disent les rois romaines, par le fait ou la demeure de leur codébiteur; et c'est en ce sens que l'on dit: *Ex duobus reis promittendi, alterius factum alteri quoque nocet.* (L. 18, ff. *de duob. reis constit.*) Mais ils ne sont point tenus des dommages-intérêts, parce que le fait de leur codébiteur, n'a pu *augmenter* l'étendue de leur engagement : *Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.* (L. 32, § 4, ff. *de usuris.*) Ces dommages-intérêts peuvent seulement être réclamés de ceux des débiteurs par la faute desquels la chose a péri, ou qui étaient en demeure. (Art. 1205.) *Voyez* ce que nous avons dit à ce sujet en traitant des obligations solidaires, au tome précédent.

511. Si la chose due a péri par le fait ou par la faute des débiteurs non solidaires ou depuis la mise en demeure, les autres ne sont tenus en aucune façon; ils sont libérés quand bien même la chose serait indivisible; sauf au créancier son action pour le tout contre celui qui a fait périr la chose; mais seulement pour la part de ce débiteur, si elle a péri sans son fait depuis qu'il avait été constitué en demeure, car, même dans ce cas, il ne devait que sa part de la dette, suivant ce qui a été démontré lorsque nous avons traité des obligations divisibles et indivisibles.

Et d'après le même principe, si la chose due par des héritiers a péri par la faute ou le fait de l'un d'eux, ou depuis sa mise en demeure, cet héritier est bien tenu, ou pour le total dans le premier cas, ou pour sa part dans le second; mais ses cohéritiers, qui ne sont point en faute ni en demeure, sont libérés comme si la chose eût péri par le fait d'un étranger, attendu que leur cohéritier leur est effectivement étranger en ce qui concerne leurs parts dans la dette. La loi 48, § 1, ff. *de legatis*-1°, le décide ainsi, même à l'égard d'une chose indivisible, d'un esclave légué, qui avait été tué par l'un des héritiers. C'est aussi la décision de Dumoulin et de Pothier.

Ce que nous venons de dire dans les deux cas précédents doit toutefois être entendu de l'action personnelle, et non de l'action hypothécaire, qui s'exerce contre tout détenteur des immeubles hypothéqués; mais, 1° les débiteurs ou les héritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette qui ne sont point en faute ni en demeure, peuvent se décharger de la poursuite hypothécaire, en faisant le délaissement (art. 2172), attendu que depuis l'extinction de leur obligation personnelle, ils ne sont plus que de simples détenteurs; et 2° le créancier ne peut même les poursuivre hypothécairement que pour la partie seulement de la créance qui a été utilement conservée contre le débiteur ou l'héritier en faute ou en demeure, d'après la distinction ci-dessus.

SECTION IV.

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES CONVENTIONS.

SOMMAIRE.

512. *L'action en nullité ou en rescision étant considérée ici comme ouverte, renvoi à d'autres parties de l'ouvrage quant aux causes qui peuvent lui donner naissance et en ce qui concerne les actes des mineurs.*

513. *Division de la matière.*

512. Dans le chapitre II de ce titre, les rédacteurs du Code ont exposé toutes les règles relatives à la validité des conventions, c'est-à-dire tout ce qui concerne le consentement des parties contractantes, la capacité de celui qui s'oblige, l'objet ou la matière du contrat, et la cause des obligations. (Art. 1108.) Ici l'on s'occupe de l'action en nullité ou en rescision, que l'on suppose ouverte, parce que ces mêmes règles n'auraient pas été toutes observées; mais, à vrai dire, à l'exception de deux ou trois dispositions générales, dont la principale, celle de l'art. 1304, a pour objet de déterminer la durée des actions en nullité ou en rescision, tous les autres articles de cette section règlent seulement la capacité des mineurs, et, sous ce rapport, leur place se trouvait plutôt au chapitre qui traite des conditions requises pour la validité des conventions. Aussi avons-nous cru devoir analyser ces mêmes articles lorsque nous avons parlé de la capacité des parties contractantes (1), et traiter spécialement des actes des mineurs émancipés, au titre *de la tutelle*, chapitre de *l'émancipation* (2), où les rédacteurs du Code ont établi la plupart des dispositions qui déterminent la capacité de ces mineurs. En sorte que pour ne point tomber dans d'inutiles répétitions, nous devons nous borner ici à considérer seulement l'action en nullité ou en rescision comme étant ouverte, soit qu'il s'agisse d'un mineur, soit qu'il s'agisse de tout autre.

513. Nous aurons à voir, sur cet objet, quelle est la nature de l'action en nullité ou en rescision, dans le droit ancien et dans le droit actuel;

Quelle est sa durée;

Quelles fins de non-recevoir on peut lui opposer;

Et quels sont ses effets par rapport aux parties et aux tiers :

§ Ier.

De la nature de l'action en nullité ou en rescision, dans les anciens principes et dans le droit actuel.

SOMMAIRE.

514. *Dans plusieurs de ses articles, le Code*

(1) Tome V, nos 264 à 291.

(2) *V*. tome II, nos 635 à 661.

donne indifféremment le nom d'action en nullité et d'action en rescision, à celle qui est fondée sur les vices d'erreur, de violence, de dol, et d'incapacité dans certains cas, les confondant ainsi l'une avec l'autre.

515. *C'est parce que la loi du* 7 *septembre* 1790, *en abrogeant l'usage d'impétrer des lettres de rescision, a établi que la forme de procéder en nullité et en rescision serait la même.*

516. *Anciens principes sur les cas de nullité et sur ceux de simple rescision, et différence importante qui existait dans la forme de procéder par l'une et l'autre voies.*

517. *Différence aussi dans la durée de l'une et l'autre actions.*

518. *Et dans la durée des actions en répétition de ce qui avait été payé en exécution d'un contrat nul, ou d'un contrat simplement rescindable.*

519. *Importance qu'il y avait, d'après cela, à bien distinguer les cas de nullité de ceux de rescision.*

520. *Principes généraux du droit romain sur les nullités et sur les restitutions en entier.*

521. *Aujourd'hui, la différence n'est guère que dans les dénominations, sauf les cas où l'acte est absolument nul en droit et de nul effet, et non pas simplement annulable ou rescindable.*

522. *Les vices d'erreur, de violence, de dol, de lésion et d'incapacité, ne rendent pas les actes nuls de droit : ils donnent seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, et pour être exercée dans un délai déterminé.*

523. *Mais dans certains cas, la nullité est de droit, radicale, et l'acte est absolument sans effet.*

524. *Conséquence quant à l'une et à l'autre sortes de nullité.*

525. *Prétendues différences entre l'action en nullité et l'action en rescision, signalées par un auteur comme existant encore aujourd'hui, mais sans fondement.*

526. *Différence plus réelle, lorsque l'action en rescision est fondée sur la lésion.*

527. *Les nullités, comme les rescisions fondées sur l'incapacité de l'un des contractants, ne peuvent être invoquées que par l'incapable et ses héritiers, et non par l'autre partie.*

528. *Celles qui sont fondées sur les vices de forme peuvent être invoquées par toute partie, même contre un incapable.*

529. *Texte de la célèbre loi* Quæ lege fieri prohibentur, 5, *au Code,* de Legibus, *et dans quelles sortes d'actes elle est ou non applicable, suivant sa teneur, dans le droit actuel.*

514. Le Code civil, dans l'art. 1304, semble considérer l'action en nullité et l'action en rescision, comme étant une seule et même action sous des dénominations diverses, puisqu'il leur assigne la même durée et qu'il ne leur attribue point des effets différents : aussi dans plusieurs articles donne-t-il indifféremment l'une ou l'autre dénomination à celle qui naît des vices d'erreur, de violence ou de dol, ainsi qu'on peut le voir dans les art. 887 et 2053, d'une part, et 1110 et suivants, d'autre part, quoiqu'il qualifie d'ailleurs toujours d'action en rescision celle qui naît de la lésion. (Articles 887, 1674 et 1305.)

515. Cela tient évidemment à un système nouveau, dont le principe est dans la loi du 7 septembre 1790, qui, par son art. 20, a aboli l'usage d'impétrer des lettres en chancellerie pour faire rescinder les contrats valables en eux-mêmes comme contrats, mais sujets néanmoins à rescision pour quelque cause particulière ordinairement tirée de la lésion, de la violence et de la minorité ; et qui, par l'article 21, a établi que dorénavant l'on procéderait dans le cas de rescision comme dans celui de nullité proprement dite, que l'une et l'autre actions s'intenteraient de la même manière.

516. Au lieu que dans les anciens principes, si le contrat était nul, le juge avait bien le pouvoir d'en prononcer la nullité, soit qu'elle lui fût demandée par voie d'action ou par voie d'exception ; mais, s'il était seulement rescindable, parce qu'il réunissait les conditions

essentielles à la validité des contrats, quand cependant il était sujet à rescision pour quelque cause, le magistrat n'avait pas par lui-même le pouvoir de le rescinder ; ce pouvoir n'appartenait qu'au prince, source de la justice. En conséquence, la partie lésée par l'acte devait solliciter des lettres de rescision, qui se délivraient à la chancellerie, sur requête contenant l'exposé des faits, et le juge entérinait les lettres et rescindait l'acte, s'il y avait lieu, c'est-à-dire si les faits allégués dans la requête, et à raison desquels les lettres de rescision avaient été accordées, étaient réels, et prouvés.

517. Mais ces lettres ne s'obtenaient que dans les dix ans, à partir de la cessation de la violence, lorsque l'acte était attaqué pour cette cause, et jusqu'à l'âge de trente-cinq ans, quand il avait été consenti par un mineur; tandis que l'action en nullité durait trente ans, comme les autres actions. L'exception de nullité, lorsque l'acte n'avait point été exécuté, pouvait même s'opposer à toute époque, si l'exécution de cet acte était demandée après plus de trente ans de sa date, soit parce qu'il y avait un terme mis à la convention, ou une condition suspensive, soit parce que la prescription n'avait pu courir contre l'acte, pour cause de minorité de la part du créancier. On était généralement d'accord sur ce point.

En effet, puisque l'acte était nul dès le principe, le temps n'avait pu le rendre valable, parce que c'eût été faire produire au temps une obligation ; or, si le temps peut éteindre les obligations, par le moyen de la prescription, du moins seul il n'en produit pas. Il n'y avait même pas besoin, pour le décider ainsi quant aux obligations radicalement nulles, du secours de la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, maxime que les docteurs ont déduite des dispositions de quelques textes du droit romain, et dont nous parlerons plus loin.

518. Si donc, hors le cas de ratification valable, une obligation nulle d'après le droit ou les ordonnances, avait été exécutée, la partie avait trente ans pour répéter ce qu'elle avait mal à propos payé ou livré en exécution de ce contrat nul, et à partir du jour de l'exécution; et si on lui opposait le contrat, elle répliquait qu'il était nul et de nul effet; en conséquence, que ce qu'elle avait payé l'avait été sans cause; or, les actions en répétition de ce qui a été payé indûment duraient et durent encore trente années, sans préjudice des suspensions pour minorité ou interdiction, et des interruptions telles que de droit. Au lieu que si l'acte eût été valable en lui-même, quoique sujet à rescision, la partie n'aurait eu que dix années pour le faire rescinder aux fins de pouvoir répéter ce qu'elle avait livré ou payé, fût-ce des immeubles.

519. L'on sent, d'après cela, combien il importait de distinguer les actes nuls des actes simplement rescindables; et l'on reconnaissait, en général, trois classes de nullités : les nullités tirées du droit, les nullités d'ordonnances, c'est-à-dire celles qui étaient prononcées par quelque ordonnance spéciale ou par quelque édit, et les nullités de coutumes locales. Mais nous n'entrerons pas dans les nombreuses explications que demanderait le développement d'un tel sujet, cela serait sans utilité. Nous dirons toutefois un mot du système du droit romain sur ce point important.

520. Dans cette législation, l'obligation contractée par un pupille sans l'autorité de son tuteur, ou par une personne en démence, ou par une prodigue, auquel l'administration de ses biens avait été enlevée par décision du magistrat, était tellement nulle et de nul effet qu'elle était censée ne pas exister : il n'y avait rien de fait; en sorte que la partie n'avait pas besoin de demander la nullité d'un pareil engagement, et de le faire dans un certain délai, elle pouvait à toute époque le faire déclarer nul, si on lui en demandait l'exécution; et si elle l'avait exécuté (hors le cas où l'exécution, faite en temps de capacité, aurait pu être considérée comme une ratification valable, ou plutôt comme un consentement nouveau), elle pouvait revendiquer comme sienne la chose livrée, si elle existait encore, et répéter par action personnelle les sommes ou autres choses fongibles qu'elle avait payées à l'autre partie, et que celle-ci avait consommées. Elle n'avait point à craindre

pour cela qu'on lui opposât le contrat, puisqu'il était nul, et que dans le système du droit romain ce qui était nul ne produisait aucun effet, et non pas seulement une action en nullité ou en annulation, comme, en général, dans les principes du Code civil.

Au lieu que lorsque l'acte était valable en lui-même, mais que cependant il était sujet à rescision pour quelque cause, celui qui l'avait consenti était considéré comme valablement obligé; seulement il pouvait recourir au préteur pour obtenir d'être restitué contre cet acte : c'est ce qu'on appelait le restitution en entier, *restitutio in integrum,* par le moyen de laquelle le préteur remettait les parties au même état qu'avant l'acte rescindé. Et le délai pour obtenir la restitution était en général, d'après les constitutions des empereurs, de quatre années, à compter de l'époque où la partie lésée était présumée avoir pu agir.

Tels étaient les cas où des pubères mineurs de vingt-cinq ans avaient été lésés par des actes qui ne leur étaient pas spécialement interdits par quelque loi ou par quelque sénatus-consulte, et qui leur avaient fait éprouver une lésion de quelque importance. Nous disons, *qui ne leur étaient pas spécialement inderdits par quelque loi ou par quelque sénatus-consulte,* car pour ceux-ci, comme la vente des immeubles sans un décret préalable du magistrat, ils auraient été nuls, et non pas seulement sujets à rescision.

La restitution en entier était aussi accordée dans beaucoup de cas aux majeurs eux-mêmes, comme dans ceux de violence ou de dol; mais il paraît que l'erreur sur la substance de la chose ou de l'affaire rendait nuls de plein droit les contrats dits *bonæ fidei,* comme la vente, le louage, la société.

521. Dans les principes actuels, les vices qui infectent les conventions les rendent bien nulles ou rescindables, lorsqu'ils sont du nombre de ceux auxquels la loi a attaché cet effet; mais dans les cas mêmes où la loi parle expressément de la nullité, ce n'est pas, généralement du moins, pour exprimer absolument la même chose que dans le droit romain, et même dans notre ancienne jurisprudence; c'est pour dire que la partie aura le droit d'exercer une action en annulation de son engagement pour s'en faire libérer, à la charge de l'exercer dans les délais de droit, sauf les cas où l'acte étant absolument nul (et dont nous parlerons bientôt), il n'est pas même besoin d'intenter une action en nullité.

Aussi l'article 1234 met-il l'action en nullité des conventions, comme celle en rescision, au nombre des manières d'après lesquelles s'éteignent les obligations; et l'art. 1304 fixe le délai général de dix ans pour l'exercer, qu'elle soit en nullité ou en rescision, n'importe, confondant ainsi les deux dénominations, que jadis l'on distinguait si soigneusement, et avec beaucoup de raison, puisque les effets étaient si différents.

522. Ainsi, d'après l'art. 1117, « la convention contractée par erreur, violence ou dol, » n'est pas nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre. »

Les actes passés par des incapables ne sont pas non plus nuls de droit, dans le sens des anciens principes (1); l'art. 1125 porte que « le mineur, l'interdit et la femme mariée ne » peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, » leurs engagements, que dans les cas prévus » par la loi; » et l'art. 1304 ne leur donne également que dix ans pour intenter l'action en nullité ou en rescision, à partir de la majorité, du jour où l'interdiction a cessé, ou de la dissolution du mariage.

Il est vrai que l'art. 502 dit que les actes passés par l'interdit, postérieurement au jugement d'interdiction, *sont nuls de droit,* mais cela doit être entendu en ce sens que pour en faire prononcer la nullité, l'interdit n'aura pas autre chose à prouver si ce n'est qu'il était interdit au moment où il a passé l'acte. La nullité est d'ailleurs si peu absolue et perpétuelle, que si l'interdit ne réclame pas dans les dix ans de

(1) *V.* toutefois ce qui a été dit au tome V, nos 278 et suivants, relativement aux actes faits par un enfant au-dessous de sept ans, actes absolument sans effet, et réputés faits *jocandi causâ*, même à l'égard de celui qui a fait l'acte avec l'enfant.

la mainlevée de l'interdiction la nullité du contrat, pour obtenir la restitution des choses qu'il a livrées ou payées, il ne le pourra désormais, fût-ce un immeuble; en sorte que l'acte aura produit tous ses effets comme s'il eût été passé avec une personne parfaitement capable. Et la personne qui a traité avec l'interdit ne peut opposer l'interdiction (art. 1125) ; elle ne pourrait alléguer que, lors de l'acte, l'interdit n'était point dans un intervalle lucide, qu'il était totalement privé de sa raison, qu'ainsi il n'a pu donner un consentement, et que cependant le consentement des parties est essentiel à tout contrat (art. 1108); elle serait déclarée *non recevable* dans son allégation, et par conséquent non admise à en faire la preuve... Tant pis pour elle si elle a traité avec un individu en démence; il faut bien qu'elle ne l'ait pas jugé tel lorsqu'elle a traité avec lui, et si la démence existait réellement au moment de l'acte, c'est sa faute d'avoir contracté avec un homme en pareille situation.

Ainsi, à l'égard des actes infectés des vices d'erreur, de violence, de dol ou de lésion, ou annulables ou rescindables pour cause d'incapacité, comme ils peuvent être confirmés, le vice est susceptible aussi de se couvrir par le laps de temps fixé par la loi, et il en est de même de la plupart des autres causes qui peuvent donner lieu à l'annulation ou à la rescision des contrats, comme sont, en général, les vices de forme. Nous voyons même que le mariage qui a été contracté par un impubère, ou par un enfant de famille qui n'a pas obtenu le consentement de ses parents, se ratifie tacitement par le laps de temps déterminé par les articles 182, 183 et 185.

523. Mais dans plus d'un cas aussi, la nullité est réellement radicale, en ce sens même qu'elle ne se couvre point par le temps, ni par aucune ratification. Tels sont, par exemple, les cas d'un mariage contracté entre parents ou alliés au degré prohibé pour le mariage, ou par une personne déjà engagée dans les liens d'une première union encore subsistante; aucun laps de temps ne peut purger le vice qui infecte de semblables mariages; ils seront toujours nuls comme ils le sont dès le principe.

Tels sont aussi les cas où une convention n'aurait qu'une cause illicite ou contraire aux bonnes mœurs, ou serait absolument sans cause, ou n'aurait pas d'objet, ou, ce qui revient au même, quand l'objet était hors du commerce au moment du contrat.

Dans ces cas, en effet, il y a nullité radicale de la convention; le contrat n'a que l'apparence d'un contrat, et tant que la loi ou la nature des choses s'opposait à ce qu'il produisît les effets possibles d'un contrat même annulable ou rescindable dans un délai déterminé (1). Aussi le Code n'a-t-il pas, comme pour les contrats entachés des vices d'erreur, violence, dol ou lésion, ou passés par des mineurs, des interdits ou des femmes mariées non autorisées, fixé un délai pour agir en nullité.

Il est bien vrai que l'art. 1304, dans sa première disposition, porte que dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans; mais ce principe général n'a pas pour objet d'établir que tout acte quelconque nul aux yeux de la loi est seulement annulable pendant dix ans; il a pour but d'établir que lorsqu'un acte est annulable ou rescindable à raison d'un vice de nature à se purger, l'action en nullité ou en rescision dure en général dix ans; ce qui est bien différent.

Comment en effet un mariage nul pour inceste ou bigamie, ou une convention qui n'aurait pas d'objet, ou qui n'en aurait qu'un hors du commerce, ou qui serait fondée sur une cause contraire à l'ordre public, pourraient-ils être confirmés tacitement par le laps de dix années, ou d'un temps quelconque, puisqu'ils ne pourraient l'être, à aucune époque, par les actes les plus formels? « L'action en nullité ou en rescision, disait M. Jaubert, dans son rapport au » tribunat sur le projet de loi, l'action en nullité ou en rescision ne s'applique donc qu'aux » cas où la convention peut produire une action, qui néanmoins est susceptible d'être » repoussée par une exception, c'est-à-dire, » 1° aux cas d'incapacité; 2° au défaut de consentement.

(1) Sauf, quant au mariage, le cas où les époux ou l'un d'eux serait de bonne foi. (Art. 201 et 202.)

» Et c'est là la grande matière des demandes » en restitution, et des actions rescisoires, qui » ont tant occupé les jurisconsultes.

» Il a paru à votre section que le projet avait » adopté les principes les plus justes, les plus » équitables et les plus analogues à la morale » et au repos des familles.

» Et d'abord il était impossible de ne pas » conserver l'ancienne distinction entre les ac- » tes faussement qualifiés de contrats et qui » ne produisent jamais d'action, et les contrats » qui ont contenu une obligation, et consé- » quemment le principe d'une action, laquelle » action peut être seulement repoussée par une » exception.

» Lorsqu'il s'agit d'un engagement contracté » sans objet ou sans cause, ou pour une cause » illicite, il est tout simple que celui qui a sou- » scrit l'engagement n'ait pas besoin de recourir » à la justice pour se faire dégager, ou que du » moins, *à quelque époque qu'il soit poursuivi,* » *il soit toujours admis à répondre qu'il n'y a* » *pas d'obligation.* Mais *lorsqu'il s'agit d'un* » *mineur, d'une femme mariée, ne serait-il pas* » *extraordinaire que le temps de la restitution* » *ne fût pas limité?* »

524. Cette distinction est juste et essentielle; elle établit clairement quels sont les actes qui ont seulement l'apparence d'un contrat, qui, au fond, ne sont rien, ne renferment aucune obligation véritable, et les conventions qui, quoique vicieuses sous certains rapports, sont néanmoins valables, en tant qu'elles ne sont pas nulles de plein droit, qu'elles peuvent seulement être annulées ou rescindées dans un délai fixé par les lois, et passé lequel l'acte produit ses effets en droit et en fait comme s'il eût été régulier dès le principe, ou du moins comme s'il eût été régulièrement confirmé ou ratifié. Elle démontre que dans les cas où la nullité peut être considérée comme étant d'ordre public, ou que l'obligation, d'intérêt purement privé, est infectée d'un de ces vices qui ne sauraient se purger par la ratification de la partie, cette partie peut toujours, si elle est jamais poursuivie en exécution d'un tel engagement, opposer l'exception de nullité : aussi bien après les dix ans depuis l'acte, que dans les dix ans; et qu'ainsi le délai fixé par l'article 1304 n'est point établi pour ces sortes d'actes, même pour agir par voie d'action en nullité, soit que la partie eût ou non exécuté un engagement de cette sorte. Tandis que dans les cas où la convention est simplement annulable ou rescindable pour un de ces vices qui tombent sur le consentement où la capacité, c'est dans le délai fixé par cet article que la partie doit agir en nullité, à peine ensuite d'être déclarée non recevable à le faire.

Ce dernier point n'est pas douteux lorsque la partie ayant exécuté le contrat (hors le cas de ratification valable), elle veut ensuite le faire annuler pour répéter ce qu'elle a livré ou payé : il est certain alors, fût-ce un immeuble, qu'elle ne pourrait en recouvrer la propriété qu'en attaquant l'acte d'aliénation dans les dix ans. Mais lorsqu'elle n'a pas exécuté, et qu'elle est poursuivie en exécution après les dix ans, quelques personnes pensent, par application de l'ancienne maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, qu'elle peut encore opposer l'exception de nullité, que cette exception dure autant que l'action née du contrat lui-même. C'est ce que nous examinerons au paragraphe suivant.

525. Nonobstant la loi du 7 septembre 1790, qui, ainsi que nous l'avons dit, a décidé que désormais la forme de procéder en rescision serait la même que pour procéder en nullité, et nonobstant aussi les différentes dispositions du Code qui qualifient l'action qui naît du dol, de l'erreur ou de la violence, tantôt action en nullité, et tantôt action en rescision, M. Toullier enseigne néanmoins que ces actions sont encore différentes au fond; mais les différences qu'il signale ne sont rien moins que le résultat d'observations exactes, ainsi qu'on va en juger.

D'abord, dit-il, dans les obligations nulles de droit, la nullité du contrat est apparente; la seule représentation du contrat suffit pour la rendre visible, il n'y a que l'*apparence* d'un contrat, la loi en ayant d'avance prononcé la nullité. Au lieu que la rescision suppose que l'acte est valable en apparence, mais qu'il peut être attaqué pour quelque vice intrinsèque et caché qu'il faut prouver, et qui ne peut être dé-

couvert que par une instruction approfondie, suivie d'un jugement.

Cette doctrine, qui appartient à quelques-uns des anciens auteurs qui ont traité des nullités et des rescisions, ne peut plus être soutenue sous le Code.

Que pour les nullités de forme, l'on dise que la nullité se montre à la seule inspection de l'acte, soit; et encore y a-t-il souvent beaucoup de doute sur le point de savoir si elle existe réellement. Mais dans combien de cas ne consiste-t-elle pas seulement dans un vice intrinsèque et caché, qu'il faut prouver, et qui ne peut être non plus découvert que par une instruction approfondie suivie de jugement? L'on pourrait citer la plupart des nullités de mariage : pour bigamie, inceste, défaut de publicité, où la nullité, quoique prononcée d'avance par la loi, ne se montre pas pour cela toujours à la seule inspection de l'acte, et où souvent, au contraire, une instruction approfondie est nécessaire, afin de s'assurer si le premier mariage, dont les époux, par supposition, opposeraient la nullité (art. 189), est valable, ou si les époux sont réellement parents ou alliés au degré prohibé pour le mariage, ou si les formalités prescrites pour lui donner la publicité ont été observées à un degré suffisant, etc.

Et les actes consentis par erreur, violence ou dol ne portent pas non plus avec eux la preuve de leur nullité; ils ne renferment aussi qu'un vice intrinsèque et caché, qui ne peut être découvert, du moins ordinairement, qu'au moyen d'une instruction approfondie, comme le dit l'auteur pour les cas de simple rescision; or, si le Code, dans quelques-uns de ses articles (887 et 2053), qualifie l'action qui naît de ces vices, action en *rescision*, dans plusieurs autres aussi il l'appelle action en *nullité*. A la vérité, il ne prononce pas la nullité de plein droit dans ces cas (art. 1117), mais cela ne fait rien à la question, car il ne dit pas non plus que ces vices donnent simplement lieu à la rescision, ce qui serait nécessaire pour que la différence indiquée par M. Toullier entre la nullité et la rescision fût réelle quant à ce point. Ce n'est guère que dans l'article 682 du Code de procédure, que la loi, en établissant la nullité pour le cas qui y est prévu, déclare qu'il ne sera pas besoin de la faire prononcer par les tribunaux, quoique assurément ce cas ne soit pas le seul où effectivement il n'est pas besoin d'agir par voie de nullité d'acte; car, indépendamment de ceux dont nous avons parlé, il est bien certain que si Paul avait vendu et livré mon fonds à Philippe, sans mon aveu, je n'aurais pas besoin d'agir par action en nullité de ce contrat, quoique le Code le déclare *nul* (art. 1599); j'agirais contre Philippe par action en revendication.

D'ailleurs, ce qui prouve encore que la doctrine de M. Toullier sur ce point manque d'exactitude, c'est l'art. 502, qui prononce textuellement *la nullité de plein droit* du contrat passé par un interdit, postérieurement au jugement d'interdiction, et cependant, ainsi que nous l'avons démontré plus haut, ce contrat ne peut pas être, pour cela, regardé comme n'existant pas, comme ne produisant aucun effet, non-seulement parce que l'autre partie ne peut en demander la nullité (art. 1125), mais encore parce que si l'interdit lui-même ne la demandait pas dans les dix ans, à partir de la mainlevée de l'interdiction, le contrat, devenu inattaquable, se trouverait avoir produit ses effets; ce que M. Toullier lui-même ne contesterait pas dans le cas où l'acte aurait reçu son exécution. Au lieu que s'il n'y avait que l'*apparence* d'un contrat, si le contrat était censé ne pas exister, assurément les résultats seraient loin d'être les mêmes.

Une seconde différence, dit le même auteur, c'est que dans le cas de la nullité prononcée par la loi, le juge ne pourrait se dispenser de la déclarer sans exposer sa décision à la censure; tandis que dans le cas de rescision, comme il s'agit d'apprécier des faits, de voir s'ils sont prouvés et s'ils sont de nature à opérer la nullité de l'acte, le juge peut, dans sa prudence, admettre ou rejeter la demande, selon la nature des preuves et des faits prouvés.

Mais nous répondrons que dans les *nullités* aussi qui consistent en *fait*, comme dans les cas d'erreur, de violence ou de dol, d'obligations attaquées pour défaut de cause ou de cause licite, etc., le juge peut pareillement, dans sa prudence, admettre ou rejeter la demande, selon la nature des preuves et des faits prouvés.

On trouve bien sans doute cette différence que, lorsque la nullité résulte de certains faits, le juge a l'appréciation de ces mêmes faits; tandis que lorsque l'acte est nul pour vice de forme ou pour avoir été fait dans telle circonstance, par telle personne, ou au profit de telle personne, la preuve de la nullité étant positive et directe, du moins généralement, il ne peut s'empêcher de déclarer l'acte nul sans exposer sa décision à la censure; mais cela n'établit point non plus une différence entre les cas de nullité et ceux de rescision.

Une troisième différence entre la nullité et la rescision, dit encore le même auteur, c'est que dans le cas de nullité, l'acte étant nul, il ne peut produire aucun effet. « Ainsi, dit-il, j'ai vendu tel immeuble, moyennant une somme de....., qui m'a été payée comptant; le notaire qui a reçu l'acte n'a été assisté que par un témoin au lieu de deux, et l'acte porte ma déclaration de ne savoir signer. Si l'acheteur veut se mettre de fait en possession, je puis intenter l'action en complainte pour être maintenu en la mienne, et pour qu'il lui soit fait défense de m'y troubler. S'il répond qu'il ne me trouble point, puisque je lui ai vendu l'immeuble par le contrat qu'il représente, je réplique que ce contrat est nul, et que la justice ne peut le reconnaître, puisque la loi le proscrit. Le juge de paix ne peut avoir égard à un pareil acte, ni en prononcer la nullité; il doit l'écarter sans rien prononcer contre le droit de l'acheteur; et c'est ainsi que le juge doit prononcer toutes les fois que l'acte renferme la preuve directe et positive de sa nullité.

» Que si l'acheteur s'était mis de fait en possession de l'immeuble, en m'en chassant, j'exercerais l'action en réintégrande, sauf à lui à se pourvoir au pétitoire; mais dans ce cas le juge de paix ne connaîtrait ni de la validité, ni de l'invalidité de l'acte, attendu qu'il n'est pas compétent pour en juger. Il se borne à ce que son devoir lui prescrit, *à ne pas prendre en considération un acte qui ne présente pas les caractères indiqués par la loi pour le faire reconnaître.* »

Il résulterait évidemment de la doctrine de l'auteur, qu'il en devrait être autrement si l'acte était simplement sujet à rescision, c'est-à-dire, selon lui, pour un vice intrinsèque et caché; autrement la différence qu'il prétend voir entre la nullité et la rescision sous ce rapport, serait chimérique; or, elle l'est cependant tout à fait. En effet, le juge de paix, dans la première hypothèse, maintient le vendeur en possession parce qu'il y est, et non l'acheteur, depuis plus d'une année; et dans la seconde, il le réintègre dans la possession parce qu'il n'a pas cessé de posséder depuis plus d'un an. (Art. 23, Code de procéd.) Le juge de paix ne connaît que de la possession, qui est un fait, et non du droit, ou du mérite des conventions; et cela est vrai tout aussi bien dans le cas où l'acte donnerait seulement lieu à une de ces actions pour vice intrinsèque et caché, que M. Toullier appelle pour cette cause, action en rescision, que dans le cas où il donne lieu à une action en nullité, parce que dans aucun cas le juge de paix n'est compétent pour connaître de l'acte, pour le prendre ou non en considération. Les actes ne sont pas, en général, d'un grand poids dans les simples questions de possession, et le juge de paix, pour se conformer aux règles sur les actions possessoires, ne doit y avoir égard que comme moyen de preuve du fait de possession lui-même; comme serait le cas où des titres déjà anciens détermineraient les limites de certains héritages qui n'ont point été livrés à la culture, et où ils pourraient donner lieu de penser, jusqu'à preuve du contraire, que celui qui les produit a possédé jusqu'à ces mêmes limites. Mais il ne s'agit point de cela dans l'espèce, et quand bien même l'acte de vente *présenterait tous les caractères indiqués par la loi pour le faire reconnaître,* qu'au lieu d'un vice de forme, il ne renfermerait qu'un vice intrinsèque et caché, comme le dol ou la lésion, qu'il faudrait en conséquence une instruction approfondie pour découvrir ce vice, et un jugement pour le déclarer, le juge de paix ne devrait pas moins statuer de la même manière sur l'action possessoire dans l'une ou l'autre des hypothèses faites par M. Toullier; en sorte que la différence qu'il a cru voir, sous ce rapport, entre le cas de nullité et celui de rescision, est tout aussi chimérique que les précédentes, et contient de plus une erreur préjudiciable.

526. Peut-être l'unique différence qui existe actuellement dans les effets entre l'action en nullité et l'action en rescision (quoique le Code, ainsi que nous l'avons dit, leur donne indifféremment l'une ou l'autre dénomination dans beaucoup de cas), c'est que lorsque la demande est fondée sur la lésion, le défendeur peut en arrêter le cours par l'offre d'une indemnité, et empêcher ainsi la rescision de l'acte : du moins la loi lui donne positivement ce droit en matière de vente d'immeubles, attaquée pour lésion de plus des sept douzièmes dans le prix (art. 1681), et en matière de partage, attaqué pour lésion de plus du quart (891), et l'on ne voit pas pourquoi cela ne serait pas également admis dans le cas où un mineur se pourvoit en rescision pour simple lésion, en vertu de l'article 1305.

Dans ces trois cas, au surplus, l'action est constamment qualifiée par le Code, *action en rescision.*

527. Les nullités, comme les rescisions, fondées sur l'incapacité de l'un des contractants, ne peuvent plus aujourd'hui être invoquées que par les incapables eux-mêmes et leurs ayants cause, et non par ceux qui ont traité avec eux (art. 1125) (1); elles sont simplement relatives. Au lieu qu'anciennement celui qui avait traité avec une femme non dûment autorisée, pouvait invoquer la nullité tout comme la femme elle-même : elle était absolue.

528. Mais quand les nullités sont fondées sur des vices de forme, ou autre cause que l'incapacité de l'une des parties contractantes, chacune des parties peut les invoquer, et les opposer même à l'incapable avec lequel elle aurait traité.

529. Les docteurs ont longuement disputé sur les nullités : la loi 5, au Code *de legibus*, il faut l'avouer, leur a fourni un texte qui devait effectivement prêter à la controverse. *Quæ lege fieri prohibentur,* dit cette loi, *si fuerint facta, non solùm inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantùm, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est.*

Ainsi la contravention à la prohibition établie par le législateur entraînerait non-seulement le droit de demander l'annulation de l'acte, mais encore sa nullité tellement radicale, qu'il serait censé ne pas exister, par conséquent qu'il n'y aurait pas besoin de le faire réformer par les tribunaux. Assurément, sous ce rapport, le principe consacré par cette loi n'est point d'une application générale et absolue sous le Code civil, car il est une foule de cas dans lesquels la contravention à la prohibition de la loi ne donne même pas lieu à faire annuler l'acte, loin de le faire considérer comme frappé d'une nullité radicale, comme non avenu, comme n'existant pas. Le titre *du Mariage* en fournit plusieurs exemples, notamment l'art. 228 qui défend formellement à la femme de contracter un nouveau mariage avant les dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent, sans cependant qu'il y ait lieu à prononcer la nullité de celui qu'elle aurait contracté (2). Aussi, contrairement au texte si impératif de la loi romaine ci-dessus, les docteurs ont-ils établi, comme règle fondée sur l'observation, que *multa fieri prohibentur, quæ si facta fuerint, obtinent tamen firmitatem.*

Beaucoup d'entre eux font toutefois une distinction entre les lois prohibitives et les lois impératives; et ils ont établi d'une manière générale que dans les premières, la contravention à la loi rend l'acte nul, ou du moins susceptible d'être annulé, quand même la nullité n'aurait point été textuellement prononcée dans la disposition; au lieu que dans les secondes, si la nullité n'est pas prononcée formellement, on doit plus difficilement la suppléer. Mais nous venons de voir, par quelques exemples tirés du mariage, et qui ne sont pas les seuls qu'on pourrait citer, que cette proposition, relative aux dispositions prohibitives, est trop absolue, et par cela même qu'elle manque d'exactitude.

Plusieurs docteurs font, au reste, exception

(1) *V.* toutefois la note placée sous le nº 522, *suprà.*

(2) *V.* tome II, nº 176, et les arrêts cités à l'appui de cette décision.

pour les cas où la loi prohibitive ou impérative a attaché une peine à la violation de sa disposition, sans prononcer en même temps la nullité de l'acte fait en contravention ; alors, selon eux, le législateur est censé avoir voulu ne prononcer que la peine, ou s'en contenter. On trouve en effet plusieurs cas, et le titre *du Mariage,* dans les art. 156, 157 et 192, en renferme quelques-uns, dans lesquels il n'y a lieu qu'à la peine établie par la loi, et non à la nullité de l'acte.

Mais lorsque la loi a établi tout à la fois la nullité et une peine, l'une et l'autre doivent être prononcées. Plusieurs dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat, notamment les art. 6 et 15, combinés avec l'art. 68, en offrent des exemples. L'art. 1597 du Code civil prononce aussi cumulativement la nullité de l'acte et la peine des dépens et des dommages-intérêts. Cependant l'art. 193 décide que les peines portées par l'article précédent seront encourues par les personnes qui y sont désignées, pour toute contravention aux règles prescrites par l'art. 165, *lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.* Mais indépendamment de ce que le mariage est une matière qui se régit plutôt par des principes qui lui sont propres, que par les principes généraux du droit, et indépendamment aussi de ce que la nullité n'a point été positivement établie pour la contravention aux règles prescrites par cet art. 165, on peut dire qu'il n'est point de principes absolus en matière de nullité, et que la loi romaine citée ci-dessus ne peut être admise dans notre droit que comme une de ces règles générales susceptibles de plus ou de moins de modifications, selon la nature des actes et des dispositions.

Elle est bien applicable, par exemple, en tout ce qui concerne la forme des testaments, car l'art. 1001 est positif à cet égard.

Mais elle ne l'est pas en matière de procédure, attendu que l'art. 1030 du Code qui la régit pose en principe, « qu'aucun exploit ou » acte de procédure ne peut être déclaré nul, » si la nullité n'est pas formellement prononcée » par la loi.... » Et suivant l'art. 173 du même Code, « toute nullité d'exploit ou d'acte de » procédure est couverte, si elle n'est proposée » avant toute défense ou exception autre que » les exceptions d'incompétence. »

Quant à la forme de l'acte dans les contrats, il faudrait dire, suivant plusieurs auteurs, que lorsque la loi a prescrit quelque chose sur la forme d'un contrat, elle annule indistinctement, même sans l'addition de la clause irritante, celui qui est fait dans une autre forme, parce que, dit-on, *forma dat esse rei; et indè, ex formâ non servatâ, resultat nullitas actûs.* Cette décision n'est toutefois pas aujourd'hui d'une vérité absolue, en admettant qu'elle l'ait été dans les anciens principes, ce que nous ne croyons même pas.

D'abord, à l'égard des actes reçus par les notaires, il n'y aurait lieu à en prononcer la nullité pour vice de forme, que dans les cas seulement où la loi du 25 ventôse an XI la prononce elle-même, encore qu'il n'y eût point d'amende ou de peine établie comme punition de l'inobservation du prescrit de la loi; or, ces cas sont ceux-là seulement auxquels s'applique l'art. 68 de ladite loi.

En second lieu, d'après l'art. 196, lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non-recevables à demander la nullité de cet acte.

Et suivant l'art. 1318, l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties; ce qui doit toutefois être entendu du cas où l'acte pourrait, à raison de la nature de la convention, avoir effet comme écriture privée.

Mais à l'égard des actes sous seing privé dont parlent les articles 1325 et 1326, il est vrai de dire que s'ils n'ont point été passés conformément au prescrit de la loi, ils ne sont point valables, bien que le dernier de ces articles ne prononce pas la nullité de celui dont il s'occupe. Nous verrons au surplus en quel sens ils sont nuls, lorsque nous analyserons ces dispositions.

Quant au fond des conventions elles-mêmes, on tient pour principe que les mots *ne peuvent,*

ne doivent, et autres semblables, par lesquels la loi prohibe telle ou telle convention, telle ou telle réserve ou condition, sont généralement équivalents à la nullité formellement prononcée, sauf quelques cas très-rares, où, comme dans l'art. 228, au titre *du Mariage*, ils n'ont pas cette force.

Car le législateur ne pouvait, sans rendre fastidieuse la rédaction des lois, déclarer, à chaque disposition, que l'acte serait nul s'il était fait contrairement à cette même disposition. Les rédacteurs du Code l'ont bien fait dans plusieurs cas, notamment dans ceux prévus aux art. 896, 931, 943, 944, 945, 1597, 2063, 2185; mais en général la nullité n'est prononcée dans les dispositions du Code que d'une manière tacite, par la forme de la rédaction de la disposition: comme lorsqu'elle porte que l'acte ne sera valable *qu'autant que...*, *pourvu que*, *à condition que*, *si telle chose a lieu*, etc.; ou bien lorsqu'il est dit *qu'on ne peut faire* telle stipulation, *qu'il n'y a pas lieu* à la faire, *qu'elle n'est point valable*. Tels sont entre autres les art. 1388 et suivants, où les expressions *ne peuvent* ont évidemment la même force que si la nullité de la stipulation prohibée était textuellement prononcée. Dans tous les cas prévus par ces articles, et une foule d'autres, il est vrai de dire, avec la loi 5, au Code *de legibus*, que la nullité résulte de la prohibition seule, tout comme si elle était littéralement écrite dans la disposition législative. La convention est nulle, même sans l'addition de la clause irritante, qui est sous-entendue dans ces cas, du moins généralement.

§ II.

De la durée de l'action en nullité ou en rescision.

SOMMAIRE.

530. *En général, les actions en nullité ou en rescision des conventions durent dix ans.*
531. *Ce temps n'est point établi pour les actions en nullité des testaments et autres actes qui ne sont point des conventions.*
532. *Certains cas où l'action en rescision d'une convention est limitée à un temps beaucoup plus court.*
533. *Le temps, en principe, court du jour du contrat, même lorsqu'il y aurait un terme pour l'exécution ou payement.*
534. *Et même lorsqu'il y aurait une condition suspensive.*
535. *Dans les cas de violence, d'erreur ou de dol, le temps ne commence à courir que du jour de la cessation de la violence, ou de la découverte de l'erreur ou du dol.*
536. *Mais c'est au demandeur en nullité qui agit après les dix ans depuis le contrat, à faire la preuve qu'il est encore dans le délai utile.*
537. *La nullité pour vice de forme des actes reçus par notaires doit être demandée aussi dans les dix ans à partir du jour du contrat.*
538. *La nullité d'une donation pour vice de forme ne se couvre point, à l'égard du donateur, par le laps de temps fixé pour exercer l'action en nullité ou en rescision des conventions.*
539. *Les actes restés imparfaits pour n'avoir point été signés sont considérés comme non avenus à toute époque, comme de simples projets.*
540. *Le temps court à l'égard des actes passés par les femmes mariées non autorisées, à compter du jour de la dissolution du mariage.*
541. *Il n'est point interrompu ni suspendu par le convol de la femme.*
542. *Le temps court contre la femme même pendant le mariage si la cause de nullité ne provient point du défaut d'autorisation, sauf ce qui est établi relativement à l'aliénation prohibée des immeubles dotaux, et le cas où la femme aurait été violentée ou circonvenue aussi par son mari.*
543. *A l'égard des actes passés par des mineurs ou des interdits, le temps court à compter de la majorité, ou du jour où l'interdiction a cessé.*
544. *Lorsque des tiers ont vendu des biens appartenant à des mineurs, ceux-ci ont la*

revendication ordinaire jusqu'à ce que les tiers en aient prescrit la propriété.

545. *Il en est de même, selon l'auteur, lorsque le tuteur a vendu les biens des mineurs de sa propre autorité, sans remplir les formalités prescrites.*

546. *La restitution accordée aux mineurs ne profite qu'à eux seuls, et non aux majeurs qui se sont obligés avec eux;* secùs in individuis.

547. *L'action est transmissible aux héritiers, qui n'ont toutefois que ce qui restait de temps à leur auteur lorsque celui-ci est mort en état de pouvoir agir.*

548. *Si le temps est suspendu pendant la minorité ou l'interdiction des héritiers, comme en matière de prescription ordinaire: discussion.*

549. *Si la maxime* quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum, *a été conservée par le Code.*

550. *Distinction importante, quant à leur durée, entre les actions en répétition, et les actions en nullité ou en rescision.*

551. *Application de la distinction à un cas mal résolu par un auteur.*

552. *Distinction aussi entre les nullités ou les rescisions, et les résolutions et les révocations d'actes ou contrats.*

530. Suivant l'art. 1304, « dans tous les cas » où l'action en nullité ou en rescision d'une » convention n'est pas limitée à un moindre » temps par une loi particulière, cette action » dure dix ans (1). »

531. Ainsi, il ne s'agit ici que de l'action en nullité ou en rescision des conventions; par conséquent l'action en nullité des testaments ou autres actes qui ne sont point des conventions, n'est pas limitée à la durée de dix ans; elle est soumise au droit commun, suivant lequel toutes les actions tant réelles que personnelles se prescrivent par trente ans. (Article 2262.)

532. L'action en rescision pour cause de lésion des sept douzièmes dans le prix de vente d'immeubles, dure seulement deux ans, à compter du jour de la vente. (Art. 1676.) Et le délai court contre les femmes mariées et les absents, les interdits et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu; et il n'est point suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat. (*Ibid.*)

Dans le cas prévu à l'art. 1854, le délai pour attaquer l'acte n'est que de trois mois, à partir du jour où l'associé lésé en a eu connaissance; et dans les cas où il y a lieu à résiliation du contrat de vente pour moindre contenance, l'action ne dure qu'une année. (Art. 1622.)

533. Et, sauf les cas dont il va être parlé, le délai pour agir en nullité ou en rescision court à compter du jour du contrat, puisque l'article 1304 n'a pas fixé une autre époque (2). Cela ne saurait souffrir de doute même dans le cas où l'acte porterait un terme pour son exécution; car de ce que le créancier ne pourrait former de demande avant l'échéance du terme, cela n'empêcherait pas le débiteur d'agir en nullité avant le terme, pour se faire libérer de son engagement.

534. S'il peut y avoir du doute, c'est dans le cas où l'obligation sujette à nullité ou à rescision serait sous une condition suspensive. On pourrait prétendre en effet que la condition pouvant venir à manquer, il n'y a pas de motif suffisant pour que la partie obligée se jette dans les embarrrs d'un procès en nullité pour faire anéantir un acte dont on ne pourra peut-être jamais lui demander l'exécution; que d'ailleurs tant que la condition n'est pas accomplie, il n'y a pas à proprement parler d'obligation, il y a seulement une espérance de dette, *tantùm spes debitum iri* (3) : ce qui empêche la pres-

(1) * La disposition de l'art. 1304 comprend les traités sur les successions futures. (Toulouse, 11 juillet 1834; Sirey, 35, 28.)

(2) * Les dix ans que la loi accorde pour exercer l'action en rescision d'une convention pour cause de lésion, lorsque cette action n'est point limitée à un moindre temps par une loi particulière, commencent à courir du jour même de la convention et non du jour seulement où la lésion a été découverte. (Brux., 14 mai 1829; J. de B., 1829, 2, 157; Dalloz, 21, 59 et suivants.)

(3) § 4. Instit. *de verb. oblig.*

cription de courir contre le créancier, puisque jusque-là il ne peut agir (art. 2257); or l'action en nullité a été introduite pour faire annuler des obligations existantes.

Cependant nous sommes d'un avis contraire. D'abord, le débiteur peut agir quoique la condition ne soit pas encore accomplie, parce qu'il a intérêt à demander au plus tôt l'annulation de l'engagement, tout conditionnel qu'il est, puisque les preuves du vice dont il est infecté pourraient venir à périr avec le temps, et la condition s'accomplir ensuite. En second lieu, parce qu'il y a un engagement, quoique l'obligation de livrer la chose soit seulement sous condition, et cette condition une fois accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179), ce qui fait en quelque sorte supposer qu'il a été fait purement et simplement, et ce qui place par conséquent la question sous la disposition littérale de l'art. 1304, qui ne fait en effet aucune distinction entre les obligations conditionnelles et les autres. M. Delvincourt est d'un avis contraire au nôtre.

535. Dans le cas de violence, de dol ou d'erreur, le temps ne court que du jour où la violence a cessé ou que le dol ou l'erreur ont été découverts. (Art. 1304).

536. Mais si l'action est intentée après les dix ans qui ont suivi le contrat, et que le défendeur prétende qu'elle est maintenant non recevable, ce n'est point à lui, quoique demandeur dans son exception (*reus excipiendo fit actor*), à prouver que la violence a cessé ou que l'erreur ou le dol ont été découverts depuis plus de dix ans; c'est au contraire au demandeur à établir qu'il y a moins de dix ans, et qu'il est en conséquence encore dans le délai utile pour agir (1). Comme demandeur, il doit non-seulement prouver le fait sur lequel il fonde son action, mais encore qu'il est dans le délai utile pour l'exercer; il doit prouver ce qui a prolongé la durée de ce délai, qui, en principe est de dix ans à partir du contrat. Ce n'est pas là l'obliger indirectement à prouver une négation, savoir, qu'il n'a pas acquis sa liberté, ou qu'il n'a pas découvert le dol ou l'erreur avant telle époque, c'est l'obliger au contraire à prouver un fait positif, qu'il a acquis sa liberté, ou qu'il a découvert le dol ou l'erreur à tel jour, qui n'a pas précédé de plus de dix ans celui où il a formé sa demande en nullité.

Mettre la preuve à la charge du défendeur, ce serait le forcer indirectement, dans la plupart des cas du moins, à confesser le vice de l'obligation, qu'il nie probablement, malgré la preuve qu'en doit alors faire le demandeur; car il est clair qu'il ne pourrait prouver que la violence *a cessé* ou que le dol ou l'erreur *ont été découverts* à telle époque, qui remonterait au delà de dix ans, sans reconnaître par là même qu'il y a eu violence, dol ou erreur; or l'on ne peut raisonnablement être forcé de confirmer soi-même par son aveu la prétention de son adversaire, sauf ce qui est relatif à l'aveu judiciaire, mais alors les formes tracées par la loi pour l'obtenir doivent être observées.

D'ailleurs, dans les cas où l'ouverture à requête civile est le dol de l'adversaire, ou la découverte de pièces décisives retenues par lui, le délai ne commence bien à courir aussi que du jour de la découverte du dol ou des pièces, mais il faut pour cela qu'il y ait preuve par écrit, et non autrement, du jour où cette découverte a eu lieu (art. 488, Code de procéd.), ce qui évidemment est une preuve à fournir par le demandeur en requête civile. Le Code n'exige pas, il est vrai, que le demandeur en nullité pour cause de dol, qui agit après les dix ans depuis le contrat, et qui prétend avoir découvert le dol depuis moins de dix ans, prouve par écrit le jour où, suivant lui, la fraude a été découverte, et, sous ce rapport, on reste dans les termes du droit commun, sauf aux tribunaux à apprécier, d'après les circonstances de la cause, les caractères et la nature de la preuve testimoniale invoquée, afin qu'il n'ait pas dû dépendre du demandeur en nullité de prolonger à son gré la durée du temps donné par la loi

(1) * Dans le cas d'une demande en rescision pour cause d'erreur, formée plus de dix ans après la date de la convention, et à laquelle le défendeur oppose la prescription décennale, c'est au demandeur qu'incombe la preuve que la découverte de l'erreur a eu lieu moins de dix ans avant l'instance. (Brux., 24 juillet 1825; J. de B., 1826, 2, 310.)

pour l'exercice de l'action; mais du moins doit-il prouver qu'il n'a découvert la fraude que depuis moins de dix ans, par conséquent qu'il a agi dans le délai utile, tel qu'il est fixé par l'article 1304 du Code civil.

La question a été jugée en ce sens en matière de partage attaqué pour cause d'erreur après dix ans de la date de l'acte, par arrêt de cassation du 26 juillet 1825 (Sirey 1825, 1, 370), que nous avons déjà eu occasion de citer au tome IV, n° 558, note 1re.

537. La nullité pour vice de forme des actes reçus par notaires, et prononcée par l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, ne saurait être perpétuelle; en conséquence elle doit être demandée dans les dix ans à partir du contrat, conformément au principe général de l'article 1304, puisque la loi n'a pas fixé un autre délai.

Nous verrons au chapitre suivant si la nullité des actes sous signature privée mentionnés aux articles 1325 et 1326, se couvre par le silence de la partie engagée, pendant dix ans à compter du jour où l'acte a été souscrit.

538. Comme le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs nulle en la forme; qu'il faut qu'elle soit refaite en la forme légale (article 1339), (si le donateur persévère dans sa volonté), il est clair qu'elle ne peut non plus être confirmée, en ce qui le concerne, par le laps de dix ans. Au tome IV, n° 389, nous rapportons un arrêt de la cour de cassation, du 16 juin 1821, qui a même jugé que l'exécution volontaire d'une donation d'immeuble, nulle en la forme, par le donateur, n'avait pu en purger le vice. Or, un acte qui ne peut être confirmé ni expressément, ni par l'exécution volontaire, ne peut pas l'être non plus tacitement par le seul laps de temps fixé par la loi pour exercer l'action en nullité ou en rescision.

539. Si un écrit faussement qualifié *acte*, au lieu d'être infecté d'un vice soit de forme, soit tout autre, est resté *imparfait*, pour n'avoir pas été signé, il ne peut être considéré que comme un projet, auquel on n'a pas donné de suite, et qu'on a négligé d'anéantir. Puisqu'il n'était pas destiné à produire une action, il n'est pas besoin de l'attaquer dans les dix ans par action en nullité. On l'écarterait toujours comme ne pouvant rien, sauf les cas prévus aux articles 1331 et 1332.

Au chapitre suivant, nous verrons dans quel délai un acte public doit être attaqué pour cause de faux ou de falsification.

540. Quant aux actes passés par une femme mariée non dûment autorisée, le délai pour exercer l'action en nullité ne commence à courir qu'à compter du jour de la dissolution du mariage (art. 1304) : par conséquent, pour les héritiers de la femme, du jour de sa mort, naturelle ou civile; et pour elle, du jour de celle de son mari.

541. Le délai ne serait donc point interrompu ni même suspendu par la circonstance que la femme aurait, durant son cours, convolé en de secondes noces. La prescription ordinaire n'est même point suspendue au profit de la femme pendant le mariage, sauf quelques cas d'exception (art. 2254, 2255 et 2256 analysés et combinés); or, il ne s'agit même pas ici d'une prescription ordinaire, mais bien d'un temps fixé pour exercer les actions en nullité ou en rescision, matière régie par des règles qui lui sont propres. (Art. 2264.)

542. Et si la femme avait été dûment autorisée, et que l'acte fût néanmoins susceptible d'être attaqué pour vice de forme, ou pour cause de violence, erreur ou dol, le délai courrait contre la femme, non pas seulement du jour de la dissolution du mariage, mais du jour de l'acte, ou de la cessation de la violence, ou de la découverte de l'erreur ou du dol, sans préjudice toutefois de ce qui est établi par l'art. 1560, relativement à l'aliénation des immeubles dotaux par la femme ou le mari, ou par tous deux conjointement.

Et dans les autres cas, si la femme avait été violentée par son mari, le temps ne courrait contre elle qu'à compter de la dissolution du mariage, par argument de l'art. 2257, seconde disposition, attendu que l'action de la femme,

dans ce cas, devant réfléchir contre le mari, du moins généralement, celui-ci serait présumé l'empêcher d'agir.

Il faudrait en dire autant si, dans le cas où la femme n'aurait contracté que par suite de dol, le mari s'était rendu complice de l'autre partie, pour l'aider à circonvenir et tromper la femme, parce que quelque avantage lui aurait été fait par dessous main.

543. A l'égard des actes faits par les interdits, le temps ne court que du jour où l'interdiction est levée, dit l'art. 1304. Mais il faut dire : du jour où l'interdiction a *cessé*, par conséquent du jour aussi de la mort de l'interdit, arrivée avant que l'interdiction ait été levée par jugement.

Et à l'égard des actes faits par les mineurs, le temps court du jour de la majorité. (Art. 1304.)

544. Mais que l'on remarque bien qu'il ne s'agit ici que des actes faits par les mineurs ou les interdits eux-mêmes, et non de ceux qui ont été faits par les tuteurs, dans les limites du pouvoir que la loi leur a confié, actes inattaquables comme si les mineurs eux-mêmes les eussent faits en majorité, ou les interdits avant l'interdiction. (Art. 450, 509 et 1314 combinés.) C'est ce qui a été clairement démontré au titre *de la tutelle*, tome II, et en parlant *de la capacité des parties contractantes*, tome V.

Il ne s'agit point non plus ici des actes faits par des tiers qui auraient disposé des biens des mineurs; car si, par exemple, un tiers a vendu l'immeuble d'un mineur, il y a lieu d'appliquer les règles de la prescription ordinaire de dix, vingt ou trente ans, suivant qu'il y a eu présence ou absence, bonne ou mauvaise foi de l'acquéreur, et sans préjudice des suspensions et interruptions telles que de droit. *Voyez* à cet égard l'arrêt de la cour de cassation, du 8 décembre 1813. (Sirey, 1814, 1, 213.)

545. Nous avons même (1) appliqué cette décision à une vente d'immeubles faite par un tuteur sans l'emploi des formalités requises, à une vente faite par un tuteur qui a vendu de sa propre autorité; car un tuteur qui n'agit point comme doit le faire un tuteur, n'est point le mandataire légal du mineur; il ne le représente plus; c'est un étranger qui dispose sans droit et sans mission de la chose d'autrui : *nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cùm tutelam administrat, non cùm pupillum spoliat.* (L. 7, § 3, ff. *pro emptore.*) Aussi dans le droit romain, ce n'eût point été un cas de restitution en entier, ni, dans notre ancienne jurisprudence, un cas de rescision, c'eût été un acte absolument nul et de nul effet en ce qui concernait le mineur (L. 4, ff. *in quib. caus. in integ.*); et nous croyons fermement qu'il en doit être de même dans le droit actuel (2).

546. La restitution en entier accordée aux mineurs ou aux interdits ne profite qu'à eux seulement, et non aux personnes qui se sont engagées avec eux, solidairement ou sans solidarité, n'importe.

Cependant il y a exception dans les cas d'obligations purement indivisibles, parce que *in individuis minor relevat majorem,* ainsi que les articles 709 et 710 nous en offrent des exemples.

Mais s'il s'agissait de la vente d'un fonds commun entre un mineur et un majeur, la vente ne serait rescindée que pour la part qu'avait le mineur dans ce fonds. (L. 47, § 1, ff. *de minoribus viginti quinque annis.*)

547. L'action en nullité ou en rescision n'est point du nombre de ces droits qui sont exclu-

(1) Tome II, n° 598, et tome V, n° 282.

(2) * Vazeille, n° 551. — *Contrà*, Solon, *des nullités*, n° 468; cass., 25 novembre 1835; Nîmes, 14 janvier 1834; Sirey, 36, 1, 130; 39, 1, 369.

L'action ne durerait toujours que dix ans, lors même que le tuteur aurait vendu sans observer les formalités prescrites par la loi pour l'aliénation des biens des mineurs, car la loi ne distingue pas. (Arrêt de la cour de cassation du 14 novembre 1826, ch. civ.; Sirey 27, 306.) *Voyez*, cependant, contre cette opinion, un arrêt de la cour de Riom du 13 décembre 1826. (Sirey, 27, 147.)

Il est de principe que l'inobservation des formalités prescrites pour la validité de l'aliénation des biens des mineurs peut être le motif de l'action en nullité qu'on doit intenter dans les dix ans, à compter de la majorité acquise par les mineurs. (Cass., 5 décembre 1826; Sirey, 27, 310.) *Voyez* aussi, dans ce sens, un arrêt de la cour suprême du 16 janvier 1837. (Sirey, 37, 102.)

sivement attachés à la personne; en conséquence, elle est transmissible aux héritiers de celui qui l'avait en sa personne lors de sa mort.

Mais il est clair que les héritiers n'ont pour l'exercer que le temps qui restait au défunt, mort en état de capacité, ou depuis la cessation de la violence, ou la découverte de l'erreur ou du dol. La loi 19, ff. *de minoribus*, est positive à cet égard.

Cette loi le décide ainsi, même pour le cas où l'héritier est mineur, et qu'il ne restait que fort peu de temps à son auteur : seulement, le temps ne reprenait son cours contre l'héritier qu'à compter de sa majorité; et, depuis la loi 5, § 3, au Code, *de temporibus restitut. in integ.*, il ne courait contre lui que du jour de l'adition d'hérédité. Mais, comme chez nous, les héritiers sont saisis de plein droit. (Article 724.) Le temps, ou ce qui en restait au défunt, courrait évidemment du jour de sa mort, puisque l'effet de l'acceptation de la succession remonte à cette époque. (Art. 777.)

Quant au cas où celui qui avait à faire valoir une cause de restitution était venu à mourir pendant la minorité, les lois romaines décidaient généralement que le temps de la restitution commençait à courir du jour de l'adition d'hérédité (1), et non pas du jour où le défunt aurait eu atteint sa majorité. Le temps entre sa mort et sa majorité n'était pas compté, parce qu'il n'aurait point été utile au mineur lui-même pour obtenir la restitution en entier, les mineurs étant supposés ne pouvoir agir. C'était comme si le mineur fût mort le jour de sa majorité, ou comme s'il eût passé l'acte la veille du jour où elle aurait eu lieu. Et il n'est pas douteux qu'il n'en fût ainsi sous le Code.

548. Nous venons de dire que, dans le droit romain, lorsqu'un mineur succédait à un autre mineur qui avait à faire valoir une cause de restitution en entier, le temps ne courait pas pendant la minorité de l'héritier, parce que, dit Ulpien dans la loi 19, ff. *de minoribus*, ci-dessus citée, *hoc ipso deceptus videtur* (minor hæres), *quod cùm posset restitui intrà tempus statutum ex personâ defuncti, hoc non fecit.*

Et il en était de même dans l'ancienne jurisprudence.

Mais en est-il ainsi sous le Code? Et en généralisant la proposition, le temps de l'action en nullité ou en rescision, sur quelque cause qu'elle soit fondée, est-il suspendu pendant la minorité ou l'interdiction des héritiers de celui qui avait cette action en sa personne, comme en matière de prescription ordinaire de dix, vingt ou trente ans? (Art. 2252.)

D'abord, dans la supposition même que la question dût être décidée par l'affirmative, il n'est pas douteux que si parmi les héritiers il y avait des majeurs non interdits, le temps ne dût courir contre eux, et pour leur part, à moins qu'il ne s'agît d'une chose purement indivisible, où il y aurait lieu d'appliquer la règle *in individuis minor relevat majorem*, consacrée par les articles 709 et 710.

Et quant à la question en elle-même, ce n'est pas assurément sans quelque hésitation que nous la décidons contre les mineurs et les interdits, venant du chef d'un majeur, mais nous le faisons cependant, sauf leur recours contre qui de droit; et voici nos raisons.

L'art. 1304, qui fait courir le délai seulement à compter de la majorité, ou du jour où l'interdiction a été levée, parle des actes passés par les mineurs ou par les interdits eux-mêmes, et non d'actes passés par ceux auxquels ils ont succédé; et aucune disposition de cette section du Code n'établit de suspension du délai à raison de la minorité des héritiers de celui qui avait l'action en sa personne (2).

Il est vrai que l'art. 2252, au titre *de la Prescription*, porte que « *la prescription ne » court pas contre les mineurs et les interdits,* » sauf ce qui est dit à l'art. 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi. » Mais d'abord il ne s'agit pas ici d'une prescription ordinaire, il s'agit simplement d'un temps fixé pour l'exercice de certaines actions d'une

(1) L. 5, § 3, Cod. *de temporib. res. in integ.*, précitée.

(2) * *V.* dans le sens de Duranton, Angers, 22 mai 1834. Mais la cour de Pau, se fondant sur les termes généraux de l'art. 2252, soutient l'opinion contraire. (Arrêt du 11 décembre 1835; Sirey, 36, 185.)

nature spéciale; et l'article 2264 dit que « les » règles sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre, sont expliquées » dans les titres qui leur sont propres; » or, encore une fois, nous ne voyons au titre *des contrats et des obligations conventionnelles en général,* aucune disposition qui suspende le cours du temps accordé pour exercer les actions en nullité ou en rescision des conventions à raison de la minorité ou de l'interdiction de l'héritier de celui qui avait cette action en sa personne.

On ne soutiendrait probablement pas que cette espèce de prescription, si l'on peut même lui donner ce nom, serait interrompue par un simple commandement ou une saisie signifiée à l'autre partie, comme le serait une prescription ordinaire (art. 2244); car ce ne serait point là exercer une action en nullité ou en rescision dans le délai fixé; ce serait au contraire un moyen de perpétuer l'action elle-même, en faisant une semblable signification tous les neuf ans, de manière que rien ne serait plus aisé que d'éluder le vœu de la loi, qui, pour la stabilité des contrats et de la propriété, a fixé le délai à dix ans, comme *maximum ;* autre preuve que les règles générales de la prescription ordinaire ne s'appliquent point aux actions en nullité ou en rescision.

Aujourd'hui le délai de l'action en réméré et celui de l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes dans le prix de vente d'immeubles, ne sont point suspendus pendant la minorité ou l'interdiction des héritiers de celui qui a vendu, sauf leur recours contre leur tuteur (art. 1663 et 1676); et cependant ces actions sont d'un intérêt important.

Le délai de l'appel n'est point non plus suspendu aujourd'hui par la minorité ou l'interdiction, si le jugement a été signifié aussi bien au subrogé tuteur qu'au tuteur. (Art. 444, Code de procédure, et 509, Code civil, combinés.)

Les prescriptions mentionnées dans les articles 2271 et suivants du Code civil, et dans d'autres dispositions du même Code et du Code de commerce, courent pareillement contre les mineurs et les interdits, sauf leur recours contre qui de droit.

Enfin les mineurs ne sont plus, comme dans les anciens principes, relevés aussi bien *de prætermissis et omissis, quàm de factis et gestis,* tellement que si le tuteur dûment autorisé du conseil de famille a répudié une succession échue au mineur, elle peut bien être reprise, soit par le tuteur autorisé d'une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais il faut pour cela qu'elle n'ait pas été acceptée par un autre (article 462); au lieu que dans l'ancien droit, le mineur eût pu se faire relever contre la répudiation, et se faire en conséquence restituer la succession par celui qui l'avait prise à son défaut.

De tous ces exemples, que nous pourrions étendre plus loin, nous concluons que les principes sont changés, et qu'il n'y a rien à inférer, quant à la question qui nous occupe, de ce que dans l'ancien droit le délai de la restitution en entier, ou des actions en nullité ou en rescision, ne courait pas pendant la minorité des héritiers de celui qui avait une de ces actions en sa personne.

On objectera peut-être, pour écarter l'application de l'art. 2264, qu'en matière d'action en réméré ou en rescision pour lésion dans la vente d'immeubles, en matière aussi d'appel, et pour les prescriptions de courte durée, la loi s'est formellement expliquée pour faire courir le délai contre les mineurs, et qu'elle est muette à leur égard quant aux actions en nullité ou en rescision qu'ils ont en qualité d'héritiers; qu'ainsi reste la disposition générale de l'art. 2252 qui suspend le cours de la prescription, dans leur intérêt, pendant la minorité ou l'interdiction.

A cette objection nous répondrions d'abord qu'il y aurait désaccord dans les dispositions de la loi actuelle, si elle devait être entendue ainsi; car, assurément l'action en rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes dans le prix de vente d'immeubles, par exemple, est aussi importante pour un mineur, venant du chef d'un majeur, qu'une autre action en rescision, ou en nullité, du moins généralement; et, de plus, elle ne dure que deux ans, tandis que les autres actions en rescision en durent ordinairement dix. Or si, en vue de consolider la propriété et de maintenir l'effet des contrats, la loi actuelle a voulu que le dé-

lai de cette action en rescision pour lésion énorme courût même contre les mineurs, quelque bref qu'il soit, et quelle que soit l'importance de l'action elle-même, sauf leur recours contre qui de droit, elle a dû vouloir également, sous peine d'inconséquence, qu'il courût aussi contre eux quand la rescision serait fondée sur une autre cause, et quand le délai serait cinq fois plus long.

Nous dirons, en outre, que dans une foule de cas, la loi ne s'est pas non plus formellement prononcée pour suspendre le délai de l'action pendant la minorité des héritiers de celui qui l'avait en sa personne, et cependant l'on n'oserait pas soutenir qu'il faut, dans ces mêmes cas, appliquer aussi la disposition générale de l'art. 2252. Le soutiendrait-on, par exemple, dans celui de l'art. 1854, et dans ceux prévus aux art. 1622 et 1648? On ne l'oserait. On ne le prétendrait probablement pas non plus dans le cas de l'art. 317; car si l'action en désaveu de paternité devait se prolonger pendant la minorité des héritiers du mari, qui est mort dans le délai utile pour faire sa réclamation, et par la même raison pendant la minorité de leurs propres héritiers, et pouvait ainsi s'éterniser, il y aurait une bien grande contradiction de vues dans la loi, qui a fixé en principe la durée de cette action à un mois seulement.

Mais il est évident que dans ces cas, et plusieurs autres encore que l'on pourrait citer; le temps de l'action est un délai *préfix*, et non une prescription ordinaire; et tout nous porte à penser qu'il en est de même en matière d'action en nullité ou en rescision, sauf aux mineurs ou aux interdits qui ont succédé à l'action, leur recours tel que de droit contre leur tuteur s'il a négligé leurs intérêts. Le système contraire nous paraîtrait tout à fait opposé à l'esprit du Code et à l'ensemble de ses dispositions; car si celui qui avait l'action en nullité pour minorité ou interdiction venait à mourir dans la dixième année depuis sa majorité ou la mainlevée de l'interdiction, laissant des héritiers en très-bas âge, l'obligation pourrait être attaquée, de la sorte, après plus de trente ans de sa date; et si ces mêmes héritiers venaient eux-mêmes à mourir en laissant aussi des représentants mineurs, et ainsi de suite, l'action n'aurait pour ainsi dire pas de fin, quand cependant le Code, dans la vue de consolider la propriété et l'effet des actes, a cru devoir limiter la durée des actions de cette nature à dix ans, comme terme le plus long, en principe. Il y aurait donc défaut d'accord dans les vues des rédacteurs du Code si l'on appliquait à ces sortes d'actions la règle établie au titre des prescriptions ordinaires, que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits. Au surplus, telle est notre opinion ; nous ne prétendons pas du reste qu'elle soit à l'abri de toute controverse (1).

549. Il est un autre point également important et délicat, celui de savoir si le moyen de nullité peut être opposé en défendant même après l'expiration du temps fixé par l'art. 1304 pour intenter l'action en nullité ou en rescision, dans le cas où le créancier n'agirait lui-même qu'après ce temps pour obtenir l'exécution du contrat. C'est demander, en d'autres termes, si l'ancienne maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum,* a été adoptée par le Code.

Le fondement de cette maxime se trouve dans quelques décisions des lois romaines, notamment dans la loi 5, § 6, ff. *de doli mali except.* (2), où le jurisconsulte Paul dit qu'il n'en est pas de l'exception de dol comme de l'action de dol; qu'elle est perpétuelle, quoique l'action de dol soit limitée à un certain temps : *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur,ità etiam exceptio eodem tempore danda est : nam hæc perpetuò competit.* Et la raison que le jurisconsulte donne de cette différence, c'est que, dit-il, il dépend du créancier d'agir quand bon lui semble, pour demander l'exécution de l'obligation infectée du dol, mais il ne dépend pas du débiteur de se faire attaquer, pour pouvoir faire valoir son exception : *Cùm actor*

(1)* Toullier, 7, nº 6125 ; Angers, 22 mai 1833 ; Sirey, 34, 2, 337. — *Contrà*, Merlin, *Rép.*, vº *Rescision*, nº 5 *bis* ; Vazeille, *des Prescrip.*, nº 572 ; Solon, nº 493; Pau, 11 décembre 1835 ; Limoges, 26 mai 1838 ; Sirey, 36, 185 ; 39, 2, 69.

(2) *V.* aussi la loi 5 au Code, *de exceptionib.*

quidem in suâ potestate habeat, quandò utatur suo jure; is autem cum quo agitur, non habeat potestatem quandò conveniatur. S'il n'en eût été ainsi, le créancier aurait laissé passer, sans agir, le temps de l'action de dol (1), afin que sa demande ne pût plus être écartée. Et comme l'action de dol elle-même ne pouvait être exercée par la partie trompée, tant qu'elle n'avait pas exécuté le contrat, parce qu'il était de principe dans le droit romain que cette action, comme infamante, n'était donnée que lorsqu'il n'y avait pas d'autre moyen de prévenir ou de réparer le préjudice causé par le dol, l'on sent que si l'exception n'eût pas duré autant que l'action produite par le contrat, le débiteur trompé eût été à la discrétion du créancier.

Mais nous ferons observer que cette raison est étrangère à notre droit, parce que nous n'y connaissons pas l'action de dol sous le même rapport, et que celle en nullité du contrat infecté de dol serait parfaitement recevable avant même que le contrat fût exécuté.

D'après la loi 3 au Code, *de postulando,* celui qui avait souscrit un billet comme pour prêt, tandis qu'il n'avait pas reçu les deniers, pouvait répéter son billet pendant un certain temps, qui était le même que celui pendant lequel il eût pu faire valoir l'exception dite *non numeratæ pecuniæ,* temps qui était d'abord de cinq années, et qui fut ensuite restreint à deux ans. (Instit., tit. *de litt. oblig.*)

Enfin, d'après les lois 1 et 3, ff. *de condict. sine causâ,* celui qui avait promis par erreur, ou pour une cause qui n'avait pas été suivie d'effet, pouvait toujours se faire décharger, même par voie d'action; il pouvait *condicere suam obligationem.*

Quant à la maxime précitée, elle avait été reconnue applicable dans le droit français par plusieurs auteurs, tels que Bretonnier sur Henrys (2), Papon (3) et Imbert (4). MM. Troplong, *Prescrip.*, n° 827, Delvincourt et Toullier, t. 7, n° 602, la considèrent aussi comme applicable sous le Code, parce qu'elle est, disent-ils, juste et raisonnable (5).

D'abord il est certain que, dans tous les cas où l'obligation est nulle de plein droit comme contraire à l'ordre public, ou pour défaut d'objet qui soit dans le commerce, ou pour défaut de cause licite, l'on peut opposer l'exception de nullité à toute époque, où l'exécution d'une semblable obligation serait demandée. Il n'y a pas d'action à raison d'un pareil engagement, et l'on peut en conséquence toujours dire qu'il n'y en a pas.

Mais pour les obligations qui ne sont pas nulles de droit, qui sont seulement annulables ou rescindables dans un certain temps fixé par la loi, à raison de quelque vice dans le consentement, comme la violence, le dol, l'erreur, ou la lésion, ou à raison de l'incapacité de l'obligé; l'on peut soutenir que le temps pour les attaquer est le même, soit qu'on le fasse en défendant, ou par voie d'exception, soit qu'on le fasse en demandant, ou par voie d'action.

Le passage du rapport de M. Jaubert au tribunat, sur le projet de loi cité plus haut, nous paraît consacrer clairement cette distinction, puisque le rapporteur y déclare positivement que l'exception de nullité pourra toujours être opposée à la demande à fins d'exécution d'une obligation contraire aux lois, aux bonnes mœurs, sans objet ou sans cause licite; mais que le temps pour attaquer les obligations annulables à raison seulement de quelque vice dans le consentement, ou à raison de l'incapacité de la partie obligée, est limité par la loi, et que la restitution doit être demandée pendant ce temps, à peine d'être ensuite non recevable. Or, on attaque une obligation, on demande la restitution, de deux manières : par voie d'action et par voie d'exception.

Les rédacteurs du Code, d'ailleurs, n'ignoraient pas l'ordonnance de 1539, datée de Villers-Coterets, et les réclamations qu'elles avait fait naître. Elle portait que les majeurs

(1) Qui n'était alors que d'une année (*annus utilis*), et qui fut étendu à deux ans par les constitutions des empereurs, mais à deux ans *continus.* (L. 8, Cod. *de dolo malo*)

(2) Tome II, livre 4, quest. 64.

(3) *Notar.*, lib. 9, fol. 614.

(4) *Enchiridium.*

(5) * Cass., 5 avril 1837; Sirey, 37, 1, 434.

ne pourraient, après l'âge de trente-cinq ans parfait, demander la cassation des actes faits en minorité, « en demandant ou *en défendant*, » soit par voie de restitution ou autrement, » soit par voie de nullité. » Dumoulin regardait comme contraire aux principes la disposition de cette ordonnance, en ce qu'elle limitait la durée de l'exception de minorité à celle de l'action pour cette cause : *in hoc iniqua est constitutio*, dit-il à ce sujet; mais c'était une raison de plus pour les rédacteurs du Code de la rejeter, s'ils ne partageaient pas le sentiment de Dumoulin sur ce point, et il ne paraît pas qu'ils l'aient fait.

On dit, il est vrai, que l'art. 1304 ne parle que de l'action en nullité ou en rescision, que ce n'est que le délai pour l'exercice de cette action qui est déterminé par cet article, qu'il n'est rien statué quant à l'exception, et qu'il faut conclure du silence du Code à cet égard, qu'on a entendu adopter la règle *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, attendu que cette règle est pleine de sagesse, puisqu'il n'est pas raisonnable que le temps coure contre une personne à qui l'on ne demande rien, et à laquelle on ne demandera peut-être jamais rien à raison d'un contrat vicieux; qu'on n'a pas pu vouloir forcer cette personne à se jeter dans les embarras d'un procès en nullité tant que l'autre partie ne paraît pas vouloir tirer avantage d'un tel contrat.

Mais à cela nous répondons que les rédacteurs du Code ont cependant rangé les actions en nullité ou en rescision parmi les manières dont *s'éteignent les obligations* (art. 1364); or, si l'exception de nullité peut être opposée à toute époque, cette exception sera bien sans doute une manière d'éteindre l'obligation, mais l'*action* elle-même n'aurait réellement pas cet objet; car, de deux choses l'une : ou le contrat a été exécuté en temps d'incapacité, ou avant la cessation de la violence, ou la découverte du dol ou de l'erreur, et l'on est encore dans le délai utile; ou il n'a pas été exécuté. Dans la première hypothèse, l'action aurait pour objet réelle la *répétition* de ce qui a été livré ou payé, plutôt que l'*extinction* d'une obligation qui se trouvait déjà éteinte par l'exécution. Et si le contrat n'a pas encore été exécuté, la partie engagée n'a pas de motif, dans le système combattu, pour intenter une action dans ce délai pour être *libérée* de son obligation, puisqu'au moyen de l'exception qu'on lui reconnaît à toute époque, elle pourra toujours se dispenser de l'exécuter. Et cependant, en limitant la durée de l'action en nullité ou en rescision à un certain temps, la loi a voulu établir quelque chose d'utile quant au rapport sous lequel elle a considéré ces actions; or, c'est ce que l'on aperçoit aisément si le délai ne dure que dix ans, en général, aussi bien pour l'exception que pour l'action en nullité, aussi bien en défendant qu'en demandant; car alors l'action elle-même, que l'on est obligé d'intenter dans ce délai, afin d'être dispensé d'exécuter un jour l'obligation, se trouve réellement être un moyen d'extinction de cette même obligation (1).

Mais, dit-on, je ne puis être forcé d'agir, *nemo invitus agere cogitur*, disent les lois romaines. (L. *unic.*, Cod. *ut nemo invitus*, etc.) Et tant que je possède, je n'ai rien à demander; et tant que je ne suis point troublé dans ma possession, mon exception ne peut se prescrire, puisque c'est une maxime certaine que la prescription ne court point contre celui qui ne peut agir.

A cela l'on peut répondre qu'il est faux de dire, dans notre droit, que celui qui s'est obligé par violence, dol ou erreur, ne peut agir avant d'être lui-même attaqué aux fins d'exécuter le contrat; il peut de suite demander aux tribunaux l'annulation de son engagement. Il a droit et même intérêt à le faire, parce que les preuves de la nullité pourraient venir à périr avec le temps, et qu'ensuite, poursuivi par le créancier, il n'aurait peut-être plus les moyens de faire rejeter la demande. Ainsi cet argument qui était bon dans l'espèce de la loi 5, § 6, ff. *de doli mali except.*, citée plus haut, ne vaut absolument rien dans notre droit.

(1) * Paris, 21 avril 1836; Sirey, 37, 17; Toullier, 7, nº 600. — Cependant il a été jugé que l'exception de nullité d'une convention est limitée à la même durée que l'action. (Gand, 2 février 1834; J. de B., 1835, 66.)

Celui tiré de ce qu'il est peu naturel qu'une partie à qui l'on ne demande rien en ce moment, et à qui l'on ne demandera peut-être jamais rien à raison du contrat vicieux, soit obligée de se jeter dans les embarras d'un procès en nullité, cet argument est plus plausible. Mais il ne faut cependant pas perdre de vue que l'obligation n'est pas nulle de plein droit, qu'elle est seulement annulable ou rescindable, et que la loi a fixé un temps pour en faire prononcer l'annulation ou la rescision; tandis qu'elle a donné une durée beaucoup plus longue à l'action de ce même contrat : d'où la partie a dû croire qu'elle serait poursuivie un jour, puisqu'on ne lui rend pas le titre, ou qu'on ne lui donne pas de décharge d'une autre manière. Elle doit donc s'imputer sa négligence à ne pas la demander en justice ; et c'est ce que les rédacteurs de l'ordonnance de 1539 avaient évidemment pensé en limitant la durée du moyen de nullité jusqu'à l'âge de trente-cinq ans, pour les contrats passés en minorité, soit que la partie obligée le fît valoir par voie d'exception ou par voie d'action, en défendant comme en demandant.

Toutefois, il est une objection grave. On peut avoir fait un acte avec un interdit dans un moment où il ne jouissait nullement de sa raison. Il n'a aucune connaissance de ce qu'il a fait pendant sa démence, et ses héritiers ne le savent pas davantage, surtout si l'acte est sous signature privée. Or, si, en pareil cas, l'exception de nullité ne pouvait être opposée après les dix ans depuis que l'interdiction a cessé par le décès de l'interdit ou par l'effet d'un jugement, et lorsque l'exécution de l'acte serait demandée, il arriverait facilement que l'autre partie s'assurerait par là le bénéfice d'un acte dont la loi avait prononcé d'avance la nullité (art. 502) ; il suffirait pour cela de tenir l'acte secret et de n'agir qu'après les dix ans.

Mais d'abord, tous cas de fraude et de dol sont toujours exceptés, et l'ensemble des faits attesterait évidemment la fraude en pareil cas : or, lorsque l'acte est attaqué pour cause de dol ou de fraude, le temps de la restitution ou de l'action en nullité ne commence à courir que du jour de la découverte du dol (1). En sorte que, même pour ce cas, et autres analogues, il n'est pas besoin de dire que l'on a entendu conserver, sous le Code, la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, dans les obligations annulables ou rescindables seulement dans un certain temps (2).

550. Au surplus, il importe beaucoup, à ce sujet, de ne point confondre les actions en répétition avec les actions en nullité ou en rescision des conventions.

Les premières sont soumises aux règles générales de la prescription ordinaire, et durent par conséquent trente ans (art. 2262), sans préjudice des suspensions et interruptions telles que de droit.

Les autres, lorsque l'acte est seulement annulable ou rescindable, et non radicalement nul, doivent être intentées dans les dix ans, à moins encore qu'une loi particulière n'ait fixé un temps plus court, comme dans les cas des art. 1854 et 1676.

Cette distinction a toujours été bien marquée. C'est ainsi que dans le droit romain, les restitutions en entier devaient être demandées dans un certain temps, qui d'abord fut d'une année, et qui ensuite fut étendu à quatre ans ; tandis que les actions en répétition de ce qui avait été payé par erreur, ou sans cause, ou pour une fausse cause, ou pour une cause dont l'effet n'avait pas suivi, ou pour une cause honteuse de la part seulement de celui qui avait reçu, étaient perpétuelles, d'après le droit des Pandectes, comme actions personnelles civiles,

(1) * Lorsque les héritiers excipent le dol contre une convention faite avec leur auteur et dont ils ignoraient l'existence, ce moyen de défense ne doit pas être proposé dans les dix ans de la date de l'acte, mais dans les dix ans à partir du jour où la convention leur a été représentée. (Brux., 24 mai 1820 ; J. de B., 1820, 2, 109.)

(2) * La maxime *quæ temporalia*, etc., ne s'applique qu'aux exceptions présentées par le possesseur d'un immeuble contre l'action intentée pour l'en dépouiller. (Pau, 4 février 1830 ; Toulouse, 18 novembre 1836 ; Brux., 27 juillet 1832 ; J. de B., 1834, 99 ; Req., 5 avril 1837 ; Sirey, 37, 1 ; 434 ; 2, 324 ; Toullier, 7, no 602 ; Merlin, *Rép.*, vo *Prescript.*)

et, d'après le droit du Code, prescriptibles par trente ans (1). (L. 3, *de præscript. triginta vel quadrag. annor.*) Et dans notre ancienne jurisprudence, ces actions duraient également trente ans, au lieu que les actions en rescision n'en duraient que dix, du moins en général. Le Code ne s'expliquant pas sur la durée des premières, tandis qu'il limite spécialement la durée des secondes à dix années, il est clair qu'il a entendu attacher à celles-là le temps de la prescription ordinaire.

Toute la difficulté consiste à bien discerner les cas où l'action est simplement une action en répétition, de ceux où c'est une action en nullité ou en rescision. A cet égard il faut distinguer si, pour pouvoir répéter ce qui a été payé, il y a lieu ou non à faire annuler ou rescinder quelque convention, en raison de laquelle le payement aurait été fait. Cette distinction, il est vrai, serait généralement sans importance, si l'on était encore dans les délais fixés pour l'exercice des actions en nullité ou en rescision; car alors si le défendeur prétendait que ce qui a été payé était dû en vertu de telle convention, le demandeur répliquerait que cette convention était nulle ou sujette à rescision, et en conséquence que le payement lui-même doit être déclaré nul et sujet à restitution, en admettant toutefois qu'il ne dût pas être considéré comme une exécution volontaire de l'acte, comme ayant eu lieu à une époque où cet acte pouvait être valablement confirmé ou ratifié. (Art. 1338.) Mais après ces délais, la distinction est de la plus grande importance; et si, comme nous venons de le dire, il y a nécessité de faire rescinder ou annuler quelque acte, à raison duquel le payement aurait été fait, alors l'action pour répéter se confondant avec l'action en nullité elle-même, elle doit être intentée dans le délai fixé par l'art. 1304.

Mais si ce qui a été payé l'a été en raison d'une obligation radicalement nulle, parce qu'elle n'avait point de cause, et par erreur, ou parce que l'obligation n'avait qu'une cause honteuse de la part seulement de celui qui avait stipulé (2), il y a lieu à répéter pendant trente ans, comme dans le droit romain et dans l'ancienne jurisprudence.

551. Aussi nous ne saurions adopter le sentiment de M. Delvincourt, qui décide que si, au moment d'une vente, la chose vendue se trouvait avoir péri, et que l'acheteur eût payé le prix comptant, ignorant la perte de la chose, il devrait se pourvoir dans les dix ans pour le répéter, attendu que dans ce cas le contrat est nul aux termes de l'art. 1601, et que d'après l'art. 1304 la durée de l'action en nullité est fixée à dix ans en général.

C'est, selon nous, se méprendre sur le sens du premier de ces articles, que de vouloir le combiner avec le second. La nullité dont il parle n'est point du nombre de celles qui ont besoin d'être prononcées par les tribunaux pour opérer leur effet; c'est une de celles qui font que le contrat *n'existe pas* (3), tout de même que si on n'y avait mentionné aucun objet, ou que si l'on avait vendu un hippocentaure ou tout autre chimère; car il est impossible de supposer une vente sans une chose qui en soit la matière; or, une chose qui avait cessé d'exister au moment de la convention, et une chose qui n'a jamais existé, c'est absolument *unum et idem* quant à la convention de vente. Cette convention n'a pu opérer un véritable contrat, parce qu'il lui a manqué une des conditions essentielles à tout contrat, une chose qui en fût l'objet (art. 1108); c'est *negotium imperfectum;* le prix a été promis et payé *sine causâ,* ou, si l'on veut, pour une cause qui a manqué son effet; par conséquent il est sujet à répétition comme chose payée par erreur, pendant tout le temps de la prescription ordinaire. Peu importe que les parties aient cru faire une vente, et que ce prix ait été payé en exécution d'une convention qu'elles croyaient être une vente, leur ignorance n'a pu faire un contrat de vente de ce qui ne pouvait pas en être un. Il n'y avait donc pas lieu à faire annuler ou rescinder dans le délai des actions en nullité

(1) *V.* Heinneccius, *Elementa juris*, no 1370.

(2) Nous disons *honteuse de la part seulement de celui qui avait stipulé,* car si la cause était honteuse de la part du débiteur, ou même de tous deux, il n'y aurait pas lieu à la répétition. *V.* au Digeste le titre *de condict. ob turpem causam*, et ce que nous avons dit en parlant de *la cause* des obligations, au tome V.

(3) L. 57, ff. *de contrah. empt.*

ou en rescision ce qui avait tout au plus l'*apparence* d'un contrat de vente.

S'il en est autrement dans les cas où la convention est seulement sujette à annulation ou à rescision, comme dans ceux où la partie engagée était incapable de s'obliger, ou bien dans ceux où son consentement était imparfait par suite de violence, de dol ou d'erreur, c'est parce que dans ces cas il y a un engagement, une obligation, un véritable contrat, en un mot, tant qu'il n'est pas anéanti (art. 1117 et 1124), et la loi ne donne pour le faire anéantir qu'un temps dont elle a déterminé la durée d'une manière spéciale. Au lieu que dans l'espèce, il n'y avait point d'obligation, point d'engagement, point de contrat dont il fût besoin de faire prononcer la nullité dans ce même délai; il n'y a eu qu'un payement promis sans cause et payé par suite de la même erreur.

L'art. 1599 dit aussi que la vente que ferait Paul de mon fonds, sans mon aveu, serait une vente nulle, et bien certainement je ne serais point obligé pour cela d'agir dans les délais fixés par l'art. 1304, pour empêcher que cette vente ne produisît des effets contre moi comme vente, puisque les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers et ayants cause (art. 1134) : je pourrais revendiquer ma chose tant que l'acheteur ou tout autre détenteur n'en aurait pas acquis la propriété par le moyen de la prescription, sans avoir besoin pour cela de faire prononcer la nullité d'un acte qui m'est étranger; et je pourrais agir par action personnelle, pendant trente ans, pour être indemnisé, contre celui qui, en vendant ma chose sans mon aveu, m'aurait causé un préjudice.

552. Il ne faut pas non plus confondre avec les nullités ou les rescisions, la résolution des contrats : ces termes sont loin d'être synonymes en droit. La nullité ou la rescision s'applique aux contrats qui sont infectés de quelque vice, comme la violence, la lésion dans certains cas ou à l'égard de certaines personnes, et qui sont anéantis par suite d'un jugement; tandis que la résolution se dit d'un contrat parfait, dont les effets sont abolis par suite de quelque événement prévu par les parties, comme dans le cas d'une condition résolutoire qui s'est réalisée; ou par la loi, comme dans celui d'une donation révoquée pour survenance d'enfants; ou d'après une convention contraire des parties, ou enfin par jugement, parce que l'une d'elles n'a pas rempli ses engagements. (Articles 1183, 960, 1134 et 1184 combinés.)

Et dans ces divers cas, l'action pour répéter ce qui a été livré ou payé en exécution du contrat résolu, n'est soumise qu'à la prescription ordinaire de trente ans, qui ne commence même à courir que depuis la résolution, sans préjudice encore des suspensions et interruptions telles que de droit. Au lieu que les actions en nullité ou en rescision ne durent que dix ans, et encore si la loi n'en a pas limité la durée à un moindre temps par une disposition particulière.

§ III.

Des fins de non-recevoir qu'on peut opposer à l'action en nullité ou en rescision.

SOMMAIRE.

553. *L'action en nullité ou en rescision est éteinte par la confirmation ou ratification régulière.*
554. *Elle l'est aussi par une transaction.*
555. *Et par un compromis suivi de la décision des arbitres.*
556. *Et par l'exécution volontaire, à l'époque où l'acte pouvait être valablement confirmé ou ratifié.*
557. *Modification, quant à ce point, apportée aux cas de partage et de vente d'immeubles rescindables pour lésion.*
558. *L'exécution même partielle, dans les autres cas, purge aussi le vice de l'acte.*
559. *Dans le cas d'une obligation sans cause, ce qui en a été payé volontairement n'est pas sujet à répétition, mais le surplus n'est pas pour cela exigible.*
560. *Texte de l'art.* 1311 : *véritable sens de cet article dont on a tiré une fausse conclusion.*

553. Indépendamment de la fin de non-rece-

voir tirée de l'expiration du délai fixé par la loi, le moyen de nullité ou de rescision peut se couvrir par diverses causes.

D'abord, la ratification ou confirmation par des actes réunissant les conditions requises par l'article 1338, et dont nous parlerons au chapitre suivant, purge le vice dont l'obligation était infectée, et par conséquent éteint l'action en nullité ou en rescision, pourvu que cette ratification ou confirmation ait été donnée par la partie en temps de capacité et de liberté, ou après la découverte de l'erreur ou du dol; et sauf aussi ce qui est établi à l'art. 1339, à l'égard du donateur, lorsque la donation est nulle en la forme.

554. Les vices de nullité ou de rescision se purgent également par des transactions régulièrement consenties.

555. Et comme le compromis, par lequel on choisit des arbitres pour prévenir ou terminer une contestation, est une sorte de transaction, formée sous la condition que les arbitres procéderont suivant les règles tracées par les parties elles-mêmes, ou par la loi, il s'ensuit que la décision arbitrale éteint l'action en nullité ou en rescision, parce qu'elle vaut jugement, si elle n'est pas régulièrement réformée.

556. L'exécution volontaire en temps de capacité et de pleine liberté, et lorsqu'elle n'était point une suite forcée et directe de l'acte lui-même, purge également les vices d'incapacité, de violence, d'erreur ou de dol, et en général aussi les vices de forme. (Art. 1338 et 1115.)

C'est en vertu de ce principe que l'article 892 porte que le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence (1).

557. Mais, selon nous, ce fait ne purge pas également le vice de lésion de plus du quart, du moins généralement. C'est au surplus un point que nous avons discuté avec étendue au tome IV, n° 589, où nous renvoyons. *Voy.* aussi au tome V ce que nous avons dit sur chacun de ces différents vices et les manières de les purger.

La simple exécution, quoique faite sans contrainte, d'une vente d'immeubles infectée d'une lésion de plus des sept douzièmes dans le prix, n'est point non plus une manière d'en purger le vice, puisque l'art. 1681, en donnant à un tiers *possesseur*, comme à l'acheteur lui-même, le droit d'arrêter le cours de l'action en rescision, et de *retenir* l'immeuble moyennant l'offre du supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total, suppose bien évidemment que le contrat de vente a été *exécuté*, par la délivance de la chose à l'acheteur, qui l'a lui-même transmise au tiers possesseur.

558. Dans le cas de dol, violence, erreur, incapacité et vice de forme, l'exécution de l'acte, quoique seulement partielle, en temps de capacité et de pleine liberté, en purge pareillement le vice, parce que c'est également une approbation tacite, et que l'art. 1115 porte qu'un acte ne peut plus être attaqué pour cause de violence si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit *tacitement*, soit en laissant passer le temps fixé par la loi; et l'on sent que la raison est absolument la même pour les autres vices susceptibles d'être purgés par ratification ou confirmation.

559. Mais précisément cela n'est point applicable à une obligation sans cause exécutée en partie, quoique bien volontairement; car le surplus est toujours promis sans cause, et une promesse sans cause n'est pas susceptible d'être confirmée. On peut, il est vrai, créer à la place une obligation valable, en faisant une donation de ce qui avait été promis d'abord, et en employant à cet effet les formes prescrites pour les actes portant donation; mais quant à la promesse faite sans cause, elle est et sera toujours nulle. Sans doute celui qui a payé volontairement une partie de la somme qu'il avait promise sans cause et sans l'emploi des formes prescrites pour les actes portant donation, ne pourra répéter ce qu'il a ainsi librement payé, à raison du principe *cujus per errorem soluti est repetitio,*

(1) *V.* au tome IV, nos 587 et suivants.

ejusdem consultò dati donatio est (L. 53, ff. *de regul. juris*); et une donation manuelle de sommes ou d'effets mobiliers est très-bonne, ainsi que nous l'avons démontré en son lieu ; mais le surplus ne lui a pas été *donné*, il ne lui a été que *promis*, et promis sans cause : donc il n'a aucune action pour pouvoir *l'exiger*.

560. L'article 1311 porte que le mineur n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution.

L'on a donné de cet article une assez étrange interprétation, que nous avons réfutée au tome V, en traitant de la capacité des mineurs, n° 285. Il serait inutile de discuter de nouveau ce point. Le véritable sens de l'article est que, par sa ratification donnée en majorité, le mineur purge tout à la fois les vices *de forme* dont pouvait être infecté l'acte qu'il a passé en minorité, comme serait, par exemple, s'il s'agissait d'un acte reçu par notaire, une infraction à la loi du 25 ventôse an XI, et le vice résultant de son incapacité, ou de lésion, puisque c'est pour cause de lésion qu'il était restituable. (Art. 1305.)

§ IV.

De l'effet de la nullité ou de la rescision par rapport aux parties et aux tiers.

SOMMAIRE.

561. *Quant aux parties, l'effet de la nullité ou de la rescision prononcée, est de remettre les choses au même état qu'avant le contrat.*

562. *Les mineurs, les interdits et les femmes non autorisées ne sont tenus de restituer ce qui leur a été payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, à raison du contrat annulé ou rescindé, qu'autant que l'autre partie prouve qu'ils en ont profité.*

563. Secùs *des capables : ce qu'ils ont reçu doit être restitué, à moins que ce ne fût un corps certain qui a péri par cas fortuit.*

564. *L'action en revendication des immeubles aliénés par des conventions annulées ou rescindées, a lieu contre les tiers.*

565. *Même dans le cas où le contrat a été annulé pour cause d'erreur, ou pour fait de dol de l'une des parties : renvoi à un volume précédent.*

566. *Il convient de mettre le tiers détenteur en cause.*

567. *Les hypothèques établies par la partie sont rescindées ou annulées.*

568. *Les créanciers de celui qui peut faire valoir une action en nullité ou en rescision, peuvent l'exercer en son nom.*

569. *Il en est de même des créanciers de la femme qui a l'action en nullité pour défaut d'autorisation.*

570. *Les droits d'enregistrement perçus pour un contrat annulé ou rescindé ne sont point restitués.*

571. *Mais il n'est point dû de nouveau droit de mutation de propriété pour cette cause.*

572. *Il en serait autrement si la rescision n'était point prononcée par jugement.*

561. Par rapport aux parties, le principal effet de la nullité ou de la rescision prononcée par jugement est de remettre les choses dans l'état où elles étaient avant le contrat. En conséquence, ce qui a été livré ou payé doit être restitué, et les obligations doivent être anéanties.

562. Cependant, quant au mineur, à l'interdit, à la femme mariée non autorisée, admis en ces qualités à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui leur a été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que la somme ou la chose payée a tourné à leur profit. (Art. 1312.)

Ainsi, c'est à l'adversaire à prouver que ce qui a été payé a tourné au profit de l'incapable : par exemple, que la somme a servi à payer une dette légitime, à leur propre subsistance, à l'entretien et à la réparation de leurs biens, etc.

563. Au lieu que lorsque la nullité ou la

rescision de l'acte est prononcée pour d'autres causes que l'incapacité, le demandeur doit restituer ce qu'il a reçu, ou ce que son auteur a reçu et dont le payement est prouvé, sans que celui contre lequel la rescision est admise soit tenu de justifier qu'ils en ont profité.

Toutefois si c'était un corps certain qui eût péri sans que la perte eût été amenée par leur fait ou leur faute, ou celle des personnes dont ils devraient répondre, il n'y aurait lieu à aucune restitution à cet égard. En effet, au moyen de la rescision du contrat, celui qui avait livré cet objet serait censé en avoir conservé la propriété, et s'appliquerait alors la règle *res perit domino.* En considérant même l'autre partie comme débitrice de ce corps certain, cette partie, au moyen de la rescision du contrat, en exécution duquel elle l'avait reçu, se trouverait libérée, par l'art. 1302, de l'obligation de le restituer. Mais cela ne peut se dire des sommes et des denrées; quand bien même elles seraient venues à périr par cas fortuit dans la main de celui qui les avait reçues et qui a fait prononcer la rescision du contrat, il ne serait pas moins tenu d'en rembourser la valeur, à moins qu'elles ne lui eussent été payées en temps d'incapacité. Toute chose fongible périt pour celui qui en est propriétaire; or, il était devenu propriétaire des choses payées en exécution du contrat annulé seulement depuis le payement.

564. Lorsque le contrat annulé ou rescindé avait pour objet l'aliénation d'immeubles, et que ces immeubles ont passé dans la main des tiers, qui n'en ont point encore acquis la propriété par le moyen de la prescription, le demandeur en nullité ou en rescision a contre eux l'action en revendication.

565. Il l'a même dans les cas d'erreur ou de dol, ainsi que nous l'avons démontré au tome V, n°s 131 et 180, et à plus forte raison dans ceux de violence ou d'incapacité. Seulement, pour qu'un contrat puisse être annulé ou rescindé pour cause de dol, il est nécessaire que les manœuvres aient été pratiquées par l'une des parties, et qu'elles aient été telles, que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté (art. 1116); et c'est ce que nous supposons établi en fait.

566. Mais il est plus simple de mettre les tiers détenteurs en cause, pour faire rendre commun avec eux le jugement de rescision, et de conclure subséquemment contre eux, comme contre la partie, à la restitution des biens livrés. On évite par là un second procès, et l'on prévient l'exception tirée de ce que la chose jugée ne fait autorité qu'entre ceux qui ont été parties dans l'instance, exception qui, dans beaucoup de cas, pourrait être opposée avec succès par les tiers détenteurs contre lesquels on voudrait faire valoir le jugement qui aurait prononcé la nullité ou la rescision du contrat seulement avec la partie.

567. Les hypothèques consenties par cette partie, ou établies de son chef, sont sans effet après le jugement d'annulation ou de rescision. (Art. 2125.)

568. Les créanciers de celui qui a une action en nullité ou en rescision à faire valoir peuvent exercer cette action en son nom, conformément à l'art. 1166, et à ce qui a été dit sur ce point au tome V, n° 562.

569. Ceux d'une femme mariée qui a contracté sans être dûment autorisée, et lorsque l'autorisation était nécessaire, peuvent de même exercer l'action en nullité en son nom, ainsi que nous l'avons démontré au même volume, n° 561, où nous combattons l'opinion de M. Toullier (1) qui prétend que l'art. 225, en disant que la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, le mari ou leurs héritiers, a fait, de cette action, un de ces droits *exclusivement attachés à la personne,* droits que, d'après la seconde disposition de l'art. 1166, les créanciers ne peuvent prétendre exercer au nom de leur débiteur. Mais cette opinion est évidemment erronée.

570. Enfin, comme d'après les lois sur l'*en-*

(1) Nous avions déjà réfuté l'opinion de cet auteur, au titre *du Mariage*, tome I, n° 512.

registrement (1), tout droit légalement perçu n'est point sujet à restitution, il n'y a pas lieu pour la régie de restituer celui qu'elle a perçu pour l'acte annulé ou rescindé. *Voyez*, entre autres décisions judiciaires sur ce point, l'arrêt de cassation du 13 prairial an IX (2), et celui du 24 thermidor an XIII (3).

571. D'un autre côté, comme le jugement qui prononce l'annulation ou la rescision d'un contrat n'est point une rétrocession de propriété, qu'il n'y a point de nouvelle mutation, que ce jugement est simplement déclaratif du fait que l'aliénation n'a pas été faite valablement, n'a pas eu lieu par conséquent, il n'est pas dû un nouveau droit pour transmission de propriété (4).

572. Au lieu que la rescision pour cause de lésion ou autre vice intrinsèque, même pour vice de nullité, non prononcée en justice, est considérée par rapport à la régie, comme une résiliation ou rétrocession volontaire, qui donne lieu en conséquence à la perception du droit pour nouvelle mutation de propriété (5).

(1) Art. 60 de la loi du 22 frimaire an VII.
(2) Sirey, 2, 507.
(3) *Ib.*, 7, 939.
(4) *V.* l'arrêt du 8 avril 1811; Sirey, 1812, 279.
(5) Arrêts de cassation du 10 octobre 1810 (Sirey, 11, 36), du 30 janvier 1815 (*ibid*, 15, 263), et du 21 mars 1820 (*ibid.*, 20, 337; Dalloz, 13, 300).

FIN DU DOUZIÈME VOLUME DE L'ÉDITION DE PARIS.

COURS

DE DROIT FRANÇAIS

SUIVANT

LE CODE CIVIL.

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

SUITE DU TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS, ET DE CELLE DU PAYEMENT.

OBSERVATOINS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

1. *Raison des preuves.*
2. *Le demandeur doit d'abord faire la sienne.*
3. *Même dans le cas où le défendeur fait défaut.*
4. *De son côté, le défendeur doit prouver ses moyens et exceptions.*
5. *Modification résultant, à l'égard de l'un comme à l'égard de l'autre, de la faculté qu'a le juge de déférer le serment supplétoire.*
6. *Ce qu'on entend par* prouver, *en droit civil.*
7. *Différence du droit criminel d'avec le droit civil quant aux preuves.*
8. *Quelquefois la loi se contente de présomptions à la place des preuves.*
9. *Les simples raisonnements ne sont point des preuves en droit; mais le juge doit avoir égard aux preuves positives.*
10. *Il y a la preuve du droit et la preuve du fait.*
11. *Les docteurs ont divisé les preuves en* pleines *et en* moins pleines, *ou* semi-preuves.
12. *Cette distinction, critiquée par Cujas, a été admise par le Code, dans le cas du serment déféré d'office par le juge.*
13. *On divise les preuves en* directes *et en* indirectes.
14. *Division générale de la matière.*

1. Nous avons maintenant à parler de la preuve des obligations, et de celle de leur payement : c'est ce qui complète ce titre si important du Code.

La raison, dont la loi n'est que l'interprète, veut en effet que celui qui réclame d'un autre l'exécution d'une obligation, soit tenu d'en prouver l'existence, qu'il établisse la convention ou toute autre cause qui, selon lui, l'a produite ; car si les hommes sont tenus par la charité et la justice à des devoirs communs les

uns envers les autres; si chacun d'eux est obligé de faire ce qui peut être utile à son semblable, et de s'abstenir de tout ce qui pourrait lui nuire, ces devoirs généraux ne constituent pas des obligations en droit. Quant à ces dernières, elles sont spéciales, loin de résulter d'un devoir commun à tous les hommes ; elles ne sont pas supposées exister; il faut, au contraire, qu'elles soient prouvées, parce que chacun est présumé ne s'être point engagé. De là ce principe général consacré par le Code (art. 1315), « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation » doit la prouver. » *Semper necessitas probandi illi qui agit.* (L. 21, ff. *de probat.*)

2. Tant qu'il n'a pas fait sa preuve, le défendeur n'a rien à prouver, et il doit être renvoyé de la demande : *Actore non probante, qui convenitur, etsi ipse nihil præstet, obtinebit.* (L. 4, *in fine*, Cod. *de edendo.*)

Je prétends que vous me devez mille francs; je vous les demande en justice ; vous dites que vous ne me devez rien ; alors je dois prouver que vous me devez ces mille francs; si je ne le fais pas, vous devez être renvoyé de la demande, et je dois être condamné aux dépens. Vous êtes seulement tenu de déclarer que vous ne devez pas, parce que votre silence serait un aveu tacite de la dette, et encore n'êtes-vous tenu de faire cette déclaration que lorsque j'ai expliqué la cause de l'obligation et que je vous ai sommé de déclarer si vous contestez ma demande ; jusque-là vous pouvez même garder le silence le plus absolu.

Vous pouvez, au surplus, vous borner à nier que vous me devez, et votre négation suffit; elle n'a pas besoin d'être justifiée par des preuves, lorsque je n'ai pu moi-même justifier de ma demande : *Actor quod adseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit:* CUM PER RERUM NATURAM FACTUM NEGANTIS PROBATIO NULLA SIT. (L. 23, Cod. *de probat et præsumpt.*)

Et il en serait de même quoique le défendeur alléguât certain fait ou certaine circonstance pour démontrer qu'il ne doit pas la chose qu'on lui demande ; par exemple qu'il n'a pu s'obliger tel jour, en tel lieu, ainsi que le prétend le demandeur sans le prouver, attendu que lui, défendeur, était le même jour à plus de cent lieues de l'endroit désigné : il ne serait point obligé de prouver l'*alibi* qu'il aurait allégué, car il peut abandonner cette allégation sans craindre d'être condamné, puisqu'il n'y a pas de preuve de la demande.

Dans les actions en revendication, le demandeur doit aussi prouver son droit de propriété ; il ne lui suffirait pas de prouver que le défendeur n'est pas lui-même propriétaire. (L. 2, Cod. *de probat.*, et L. *ult.* Cod. *de rei vind.*)

En un mot, la règle est générale pour toutes les actions, tant réelles que personnelles : le demandeur doit prouver sa prétention dans tous les cas.

Il ne faut même pas voir, à proprement parler, une exception à cette règle dans le cas de l'action dite *négatoire,* dont il est traité au § 2, Instit., *de actionibus;* car si, dans cette action, le demandeur est affranchi de la preuve de sa demande, c'est-à-dire de l'obligation de prouver que son fonds ne doit pas, ainsi qu'il le prétend, de servitude au défendeur, qui cependant y en exerce une, c'est par application même de la règle *factum negantis nulla est probatio*, attendu que les fonds sont *présumés* libres.

C'est par le même motif que le mineur qui intentait, dans le droit romain, l'action subsidiaire contre les magistrats qui avaient reçu pour lui des fidéjusseurs alors non suffisamment solvables pour répondre de la gestion du tuteur, n'était point tenu de prouver l'insolvabilité de ces fidéjusseurs au temps où ils avaient été reçus; car c'eût été l'obliger à prouver une négation, savoir qu'ils n'étaient pas solvables : c'était donc, au contraire, aux magistrats à prouver qu'ils étaient solvables. (L. 11, ff. *de probat.*)

Enfin, dans le cas de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, ce n'était pas à celui qui l'invoquait à justifier que l'argent ne lui avait pas été compté, puisque c'eût été l'astreindre à prouver une négation pure; c'était, au contraire, au demandeur à prouver qu'il avait compté les deniers. (LL. 3 et 10 Cod. *de non num. pecun.*)

3. Et même dans le cas où le défendeur fait

défaut, par conséquent dans celui où il ne conteste point les conclusions du demandeur, ces mêmes conclusions ne sont encore adjugées à celui-ci qu'autant qu'elles paraissent au tribunal justes et bien vérifiées. (Art. 150, Code de procéd.)

4. Mais lorsque le demandeur a fait sa preuve, qu'il a établi l'existence d'une créance à son profit, alors c'est au défendeur à prouver, de son côté, sa libération, s'il prétend que cette créance, qui a en effet existé, n'existe plus, qu'elle a été éteinte par tel ou tel fait, par telle ou telle cause, ou que lui, défendeur, a une exception à opposer. « Réciproquement, porte » l'article 1315, celui qui se prétend libéré, » doit justifier le payement ou le fait qui a pro- » duit l'extinction de son obligation. »

Ainsi, s'il prétend qu'il était incapable de s'obliger au temps de l'acte, ou qu'il s'est obligé par erreur, par dol, dans un état d'ivresse, par violence, etc., c'est à lui de prouver son allégation; car il devient demandeur à son tour quant à cette allégation ou exception : *Nam reus in exceptione actor est* (L. 1, ff. *de except.*); *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere.* (L. 19, ff. *de probat.*)

5. Toutefois, quand nous disons que le demandeur doit succomber dans sa demande, et avec dépens, lorsqu'il ne prouve pas sa prétention, et le défendeur dans sa défense, lorsqu'il n'établit pas sa libération, cela n'est qu'un principe général, qui souffre quelque modification à raison du serment décisoire, que le juge peut déférer à l'une des parties quand la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée, et quand elle n'est pas non plus totalement dénuée de preuves. (Art. 1367.)

Il y a aussi, comme nous allons le dire, une modification lorsque le juge peut se déterminer par des présomptions. (Art. 1353.) Car les présomptions ne sont pas des preuves : seulement elles en tiennent lieu.

6. Prouver, en droit civil, c'est établir la vérité d'une manière légale, par les moyens jugés par la loi les plus propres à conduire à sa découverte. Et les moyens que le Code admet sont :

La preuve littérale,
La preuve testimoniale,
Les présomptions,
L'aveu de la partie,
Et le serment. (Art. 1316.)

Des doctrines spéculatives, les inductions, tous ces effets de l'art et de l'esprit, à l'aide desquels les philosophes et les orateurs persuadent celui qui les lit ou les écoute, ne sont pas des *preuves* dans le sens que la loi civile attache à ce mot : ce sont, si l'on veut, des présomptions que le raisonnement est juste, que le fait avancé ou contesté est vrai ou faux; ce sont des *demi-certitudes*, pour employer le langage des métaphysiciens, qui ont cru possible de soumettre au calcul les différents degrés de probabilité de tel ou tel fait, de la justesse de tel ou tel raisonnement, de telle ou telle opinion, mais ce ne sont généralement par des preuves propres à établir les obligations ni leur exécution.

7. En cela le droit civil diffère du droit criminel, qui demande seulement aux jurés s'ils sont convaincus de la culpabilité de l'accusé, sans leur prescrire de former leur conviction seulement d'après des règles ou des preuves spéciales (art. 342, Code d'instr. crim.); car, dès qu'un fait est contesté, le droit civil exige que ce fait soit prouvé d'après les règles qu'il trace à cet effet : il n'autorise pas les juges, du moins en général, à en reconnaître l'existence aux couleurs plus ou moins frappantes dont un habile défenseur peut revêtir ses raisonnements; il veut que la vérité de ce fait soit la même pour tous, par qui que ce soit qu'elle soit exposée.

8. Néanmoins la loi se contente quelquefois, à la place des preuves proprement dites, de simples présomptions, ou conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu; mais c'est lorsque la nécessité le commande, et encore, craignant l'erreur du jugement de l'homme, elle ne permet au magistrat de se déterminer par leur secours que lorsque ces présomptions sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où il serait autorisé

à admettre les preuves testimoniales, cas où l'intérêt de la contestation est généralement modique, et dans ceux aussi où il s'agirait de découvrir le dol ou la fraude reprochés aux actes. (Art. 1353.)

9. Ainsi, les preuves artificielles ou résultant du raisonnement et de l'art de présenter les circonstances d'un fait, ne sont point des preuves légales, du moins généralement; elles ne tiennent même lieu de preuves positives que dans les cas seulement où la loi autorise le magistrat à se décider par leur secours, lorsqu'elles sont des conséquences d'un fait connu à un fait inconnu, que l'on cherche à découvrir par la liaison qui existe entre eux; et leur efficacité est-elle encore abandonnée à la prudence et au discernement du magistrat.

Au lieu que pour les preuves positives, celles que l'une des parties elle-même a fournies contre elle par des actes publics, ou par des actes sous signature privée reconnus par elle, ou tenus pour reconnus en cas de dénégation de l'écriture ou de la signature, le juge ne peut légalement se refuser d'y ajouter foi tant que la force de ces actes n'est pas détruite par les moyens tracés par la loi. Il en est de même de la force que la loi attache à la chose jugée, et de toutes les présomptions qu'elle a établies par quelque disposition particulière, si elle n'a pas réservé la preuve contraire, de l'aveu fait en justice par l'une des parties, et du serment judiciaire. Le magistrat ne pourrait, quelle que fût son opinion personnelle, bien mieux, sa conviction positive touchant le fait contesté, s'empêcher de prononcer suivant la preuve légalement administrée de ce même fait, d'y conformer son jugement.

Ainsi, lorsque l'une des parties a déféré à l'autre le serment sur tel fait, et que le serment a été prêté, le juge, eût-il la conviction qu'il a été faussement prêté, ne peut s'empêcher de décider conformément au serment; car la partie elle-même qui l'a déféré ne serait point recevable à en prouver la fausseté. (Art. 1363.) Le juge peut lui-même se tromper. D'ailleurs, si la loi eût cru devoir accorder à la partie qui a déféré le serment le droit de prouver que son adversaire a commis un parjure, et le droit de dire, en conséquence, que le serment doit être réputé non avenu, elle eût par la même raison accordé aussi à la partie qui l'a prêté le droit de se défendre, et de combattre les assertions de son adversaire; or, cette partie serait même privée de ce moyen si le juge, obéissant à son opinion personnelle, jugeait contrairement *à la vérité légale* du serment; ce qui serait subversif de toute idée de justice, et ouvrirait la porte aux plus grands abus, à l'arbitraire le plus dangereux. Il y a deux hommes dans le juge : l'homme privé et l'homme public. L'homme public doit se conformer aux lois, et les lois veulent que le serment déféré par l'une des parties à l'autre, et régulièrement prêté par celle-ci, *décide* la contestation; aussi est-il appelé *décisoire*. Il a entre elles la force d'une transaction régulière.

Ainsi encore, lorsque l'une des parties produit contre l'autre un acte authentique, que celle-ci, par manque de preuves, ou par crainte, n'ose attaquer de faux, le juge qui aurait l'opinion que cet acte est faux, qui en aurait même la certitude, serait cependant tenu d'y conformer sa décision tant que la partie contre laquelle il est produit ne l'attaquerait pas par l'inscription de faux, et que cette inscription ne serait pas suivie de la mise en accusation de l'inculpé de faux; sauf ce qui est établi pour le cas de faux incident par l'art. 1319; car l'acte authentique *fait pleine foi* de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. (*Ibid.*) Or, s'il fait pleine foi d'après la loi, le juge ne peut lui ôter sa force en le privant de son effet, quelle que soit d'ailleurs son opinion personnelle, sa conviction même touchant la fausseté de cet acte.

Mais, dira-t-on, comment un juge pourrait-il être forcé de juger contre sa conscience? Il ne compromet point sa conscience, en remplissant le devoir que lui impose la loi. Il agirait au contraire témérairement, et par conséquent contre les devoirs de la conscience d'un bon juge, s'il n'avait aucun égard à un acte auquel la loi a attaché la vertu de faire pleine foi par lui-même. Il jugerait ainsi cet acte sous un rapport sous lequel il n'en est pas le juge, et il le jugerait sans l'emploi des formalités que la loi a regardées comme nécessaires pour reconnaître

le faux d'une manière certaine, du moins autant qu'il est donné aux hommes de connaître la vérité; il le jugerait même sans contradicteur, sans que la partie qui l'a produit pût administrer ses preuves et combattre les raisons qui font croire au magistrat que l'acte est faux; ce qui serait une monstruosité en jurisprudence, où chaque partie a et doit toujours avoir le droit de combattre par tous les moyens qui sont à sa disposition les preuves et les assertions qu'on lui oppose.

En sens inverse, le juge ne peut pas non plus juger d'après sa conviction personnelle, si la loi n'a pas admis le genre de preuve sur lequel le demandeur fonderait sa demande : par exemple un juge qui aurait été témoin avec d'autres personnes d'un prêt de 500 francs fait par Paul à Philippe, ne pourrait pas admettre Paul à prouver par témoins la réalité du prêt nié par Philippe, ni condamner ce dernier sauf à Paul à déférer le serment à son adversaire, et alors au juge à condamner celui-ci s'il refuse de le prêter.

Du reste, le juge a généralement le pouvoir d'apprécier les simples faits accidentels que peut présenter la cause, et d'interpréter les clauses obscures et ambiguës. Nous avons expliqué précédemment les règles que la loi lui trace à cet égard.

10. On divise les preuves en preuves de droit et en preuves de fait.

Les premières sont les dispositions de la loi elles-mêmes. Chacune des parties peut invoquer celles qui sont en sa faveur, c'est au magistrat à voir si elles se rapportent à la cause, si elles la décident, et à en faire une juste application, ou à les écarter si elles ne s'appliquent pas à l'espèce ou si elles ont été abrogées par d'autres. Mais il ne peut se refuser à juger, sous prétexte de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi; il se rendrait coupable d'un déni de justice. (Art. 4.)

Les secondes sont les preuves que fournissent les actes, ou d'autres faits qui sont passés entre les parties et qui sont démontrés soit par témoins dans le cas où la loi en autorise la preuve de cette manière, soit par l'aveu de l'une des parties, ou par le serment; soit enfin par les déductions et conséquences que le magistrat tire d'un fait inconnu, lorsque la loi l'autorise à se décider par leur secours.

11. Les docteurs (1) ont divisé les preuves en *pleines* et *moins pleines*, ou *semi-pleines*.

Les premières sont celles qui résultent d'un acte authentique, ou même sous seing privé dont l'écriture est reconnue ou tenue pour reconnue; celles qui résultent des présomptions établies par la loi, si elle n'a pas réservé la preuve contraire, ou même lorsqu'elle l'a réservée, si cette preuve n'est pas produite; celles aussi qui résultent de la déposition uniforme de plusieurs témoins non reprochés ou non légalement reprochés, de l'aveu de la partie elle-même, s'il n'est pas la suite d'une erreur de fait, et du serment prêté ou refusé par elle. Le magistrat, comme nous l'avons dit, doit conformer son jugement à ces preuves.

Les autres sont celles qui suffisent pour ébranler la croyance, mais sans produire une entière persuasion, et desquelles il ne résulte que des probabilités, des vraisemblances : telles sont les présomptions abandonnées à la sagesse du magistrat, la déposition d'un seul témoin.

12. Toutefois, cette division des preuves en *pleines* et en *semi-pleines* a été critiquée par plus d'un jurisconsulte (2). *Ut veritas*, dit Cujas, *ad Codicem*, tit. *ad Legem Juliam majest.*, vers le milieu, *ut veritas ità probatio scindi non potest. Quæ non est plena veritas est plena falsitas, non semi-veritas. Sic quæ non est plena probatio, planè nulla probatio est.* Et il ajoute que les Romains n'ont point connu de semi-preuves, *non noverunt ullam probationem semi-plenam.*

Le Code civil a cependant consacré cette distinction, en disant que le juge ne pourra déférer le serment à l'une des parties, soit sur la

(1) *V.* Mascardus, *de probat.*, tome I. *quæst.* 4, no 5.

(2) *V.* M. Merlin, *Répertoire de jurisp.*, vo *Preuve*, sect. 3, no 4,

demande, soit sur l'exception, que sous les deux conditions suivantes :

1° Que la demande, ou l'exception qui y est opposée, ne soit pas *pleinement justifiée :*

2° Qu'elle ne soit pas *totalement dénuée de preuves.* (Art. 1367.)

Donc il y a des *preuves* qui ne sont pas complètes, ou des *semi-preuves.*

13. On divise aussi les preuves en *directes* et en *indirectes;* mais cette division se fait mieux sentir en droit criminel qu'en droit civil.

Je prouve *directement* que j'ai prêté à Paul 300 fr., si je produis son billet, qu'il ne désavoue pas.

Et je prouve *indirectement*, et cependant d'une manière irréfragable, que je n'ai pas signé tel acte, tel jour, à Paris, si je prouve que ce même jour j'étais à Rome.

Toutes les preuves de *négation* qui se transforme en affirmation d'un fait positif contraire, sont des preuves indirectes.

14. Le développement de ces principes généraux se fera successivement : il suffit de dire, quant à présent, que le Code, ainsi que nous l'avons fait observer, reconnaît cinq manières d'établir les obligations et leur payement :

1° La preuve littéraire,

2° La preuve testimoniale,

3° Les présomptions,

4° L'aveu de la partie,

Et 5° le serment. (Art. 1316.)

Toutes les preuves, en droit civil, se rapportent à l'une ou à l'autre de ces manières d'établir les obligations et les payements.

Nous suivrons cet ordre général.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PREUVE LITTÉRALE.

SOMMAIRE.

15. *De combien de sortes d'actes peut résulter la preuve littérale.*

15. La preuve littérale est celle qui résulte des écrits authentiques ou privés des parties, ou de l'une d'elles.

C'est un aveu, une reconnaissance de leur part de la convention ou du fait consigné dans l'écrit; car, et abstraction faite des tiers, toute preuve littérale n'est rien autre chose qu'une confession de la personne à qui on l'oppose, ou de son auteur.

Il en est de plusieurs sortes :

Les actes authentiques,

Les contre-lettres,

Les actes sous signature privée ordinaires,

Les registres des marchands,

Les simples écritures domestiques des particuliers non marchands,

Les lettres missives, les notes, les écritures mises sur des titres, les quittances,

Et les tailles, qui forment aussi une espèce de preuve littérale.

Il y a ensuite les copies de titres,

Et enfin les actes récognitifs et confirmatifs.

Tels sont les objets généraux qui se rapportent à la preuve littérale, et qui sont traités dans le Code sous la première section de ce chapitre.

§ Ier.

Du titre authentique

SOMMAIRE.

16. *Définition de l'acte authentique, et de combien de sortes il y en a.*

17. *Les procès-verbaux de conciliation sont aussi des actes authentiques : l'art. 54 du Code de procédure n'est pas contraire.*

18. *Confusion, dans les lois et dans la pratique, des mots* titre *et* acte, *et distinction de l'un avec l'autre.*

19. *Les formes des actes reçus par les notaires sont tracées dans la loi du 25 ventôse an* XI, sur le Notariat.

20. *Renvoi quant aux testaments par acte public ou mystique.*

21. *Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir les actes auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité.*

22. *Conséquence.*
23. *Les notaires sont institués à vie.*
24. *Ils sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis.*
25. *Leur résidence est fixée par le gouvernement.*
26. *Ils ne peuvent instrumenter hors de leur ressort.*
27. *Leurs fonctions sont incompatibles avec celles spécifiées par la loi.*
28. *Ils ne peuvent recevoir les actes dans lesquels eux ou leurs proches seraient parties, ou qui contiendraient des dispositions en faveur des uns ou des autres.*
29. *Les actes sont reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins.*
30. *La présence du second notaire à la réception de l'acte n'a cependant pas jusqu'à ce jour été regardée comme de rigueur, sauf en ce qui concerne les testaments par acte public.*
31. *Qualités que doivent avoir les témoins aux actes des notaires autres que les testaments.*
32. *Pour les témoins aux testaments, c'est le Code civil* (*art.* 980) *qui règle les qualités qu'ils doivent avoir.*
33. *Certaines condamnations empêchent d'être témoin dans les actes publics.*
34. *Il n'y a pas besoin de s'inscrire en faux contre l'acte, pour prouver qu'un des témoins ne pouvait y figurer en cette qualité.*
35. *L'erreur publique sur la qualité d'un témoin la rendrait excusable, et empêcherait la nullité de l'acte pour cette cause.*
36. *Deux notaires parents ou alliés au degré déterminé par la loi ne peuvent concourir au même acte. La même prohibition n'existe pas pour les témoins.*
37. *Diverses personnes qui ne peuvent être témoins.*
38. *Le nom, l'état et la demeure des parties doivent être connus des notaires, ou leur être attestés par deux citoyens connus d'eux et réunissant les qualités de témoins.*
39. *Les actes doivent énoncer les nom et lieu de résidence du notaire qui les reçoit.*
40. *Ainsi que les noms et demeures des témoins instrumentaires, le lieu où les actes sont reçus, et leur date.*
41. *La mention de la qualité de* notaire *n'est pas requise à peine de nullité; elle peut être remplacée par des énonciations indiquant cette qualité.*
42. *De quelle manière peut être indiqué le lieu où l'acte est passé.*
43. *Comment les actes doivent être rédigés: ce qu'on entend par* un seul et même contexte.
44. *Les actes sont signés par les parties, les témoins et les notaires, avec mention de cette formalité. Les parties qui ne savent ou ne peuvent signer, en font la déclaration, qui est également mentionnée.*
45. *La mention de la signature des notaires, exigée par la loi du* 25 *ventôse an* XI, *a toutefois été regardée comme inutile par le conseil d'État, dont l'avis, approuvé, a été inséré au Bulletin des lois.*
46. *La mention de la cause qui a empêché une partie de signer n'est pas exigée par la loi de ventôse, comme elle l'est par l'article* 973 *du Code pour les testaments par acte public.*
47. *Si la partie qui savait et pouvait signer a déclaré ne le savoir ou ne le pouvoir, l'acte n'est pas nul pour cela; mais un testament devrait l'être.*
48. *La signature des parties doit, en général, être du nom de famille tel qu'il est porté dans les actes de naissance.*
49. *Comment doivent être mis les renvois et apostilles.*
50. *Conséquences.*
51. *Point de surcharges, ni d'interlignes.*
52. *Conséquences.*
53. *Remarque sur la surcharge de la date d'un testament olographe.*
54. *La loi ne prononce pas expressément la nullité des mots rayés: motifs de cette réticence.*
55. *Les notaires sont tenus de garder minute des actes qu'ils reçoivent, sauf quelques exceptions.*
56. *Mais les testaments par acte public ne sont point au nombre de ces exceptions; en*

conséquence le notaire ne doit point se dessaisir de la minute, quand même ce serait le testateur qui la lui demanderait.

57. *Le droit de délivrer des grosses et des expéditions n'appartient qu'au notaire possesseur de la minute.*

58. *Les notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune minute, si ce n'est dans les cas prévus par la loi, et en vertu de jugement.*

59. *Ils ne peuvent délivrer expédition qu'aux parties intéressées, sauf ordonnance contraire du président du tribunal.*

60. *Les grosses seules sont délivrées en forme exécutoire.*

61. *Il est fait délivrance d'une grosse à chacune des parties; il doit en être fait mention sur la minute, et il ne peut en être délivré d'autres sans le consentement de toutes les parties intéressées, ou sans une ordonnance du président du tribunal.*

62. *Formalités à observer pour obtenir une seconde grosse en vertu de la permission du juge.*

63. *Si dans la délivrance des grosses le notaire a besoin d'être assisté du* second.

64. *Les actes des notaires doivent être légalisés lorsqu'on veut s'en servir au loin : ce qu'on entend par* légalisation.

65. *Le notaire suspendu, destitué ou remplacé doit, aussitôt que la notification lui a en été faite, cesser l'exercice de son état.*

66. *La loi du 25 ventôse an* XI *abroge toutes lois antérieures en ce qui y serait contraire.*

67. *De plus les actes doivent être rédigés en langue française.*

68. *L'acte nul comme acte authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public, ou par un défaut de forme, vaut comme écrit sous signature privée, s'il est signé des parties.*

69. *Mais il faut pour cela qu'il puisse valoir comme écriture privée, ce qui n'est pas quant aux actes de donation, aux contrats de mariage et aux conventions d'hypothèque.*

70. *L'incompétence ou l'incapacité de l'officier qui a reçu l'acte peut avoir lieu dans plusieurs cas, qu'il ne faut pas confondre.*

71. *Dans celui où l'officier public n'était incompétent que parce qu'il a instrumenté hors de son ressort, l'acte signé des parties vaut comme écriture privée, encore qu'il contînt des conventions synallagmatiques : l'art. 1325 ne serait point applicable.*

72. *Si les engagements synallagmatiques sont solidaires, ceux qui n'ont pas signé ne sont point obligés; mais ceux qui ont signé ne le sont pas moins si l'acte a été signé de l'autre partie.*

73. *Et dans le cas d'obligation purement unilatérale ou de reconnaissance de dette, l'acte vaudrait comme écriture privée quoiqu'il ne fût signé que du débiteur seulement : l'art. 1326 ne serait point non plus applicable.*

74. *Si l'acte avait été passé devant un autre officier public qu'un notaire, quand il était du ministère des notaires, il ne vaudrait même comme écriture privée qu'autant que toutes les conditions requises pour les actes de cette sorte auraient été observées.*

75. *Les actes reçus par un notaire suspendu, interdit ou destitué, avant la notification de la suspension, etc., sont authentiques.*

76. Secùs *quant à ceux qui ont été reçus depuis la notification, quand bien même les parties auraient ignoré l'incapacité du notaire.*

77. *Mais les actes reçus par des individus nommés notaires sans réunir les conditions requises, sont cependant valables comme authentiques.*

78. *La nullité de l'acte, même comme écriture privée, n'entraîne point la nullité de l'*obligation *pour prêt ou autre cause réelle; seulement il faudra prouver la dette autrement que par acte.*

79. Quid *des* conventions, *dans ce cas, si l'acte n'a été ni exécuté ni autrement confirmé.*

80. *L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties et leurs représentants.*

81. *Il prouve également le fait*, rem ipsam,

Art. Ier.

Observations préliminaires.

16. L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été reçu, et avec les solennités requises. (Art. 1317.)

Il en est de plusieurs sortes :

Tels sont les actes de l'état civil, rédigés par les officiers préposés à cet effet;

Les actes de l'autorité, comme les lois, les ordonnances, les traités de paix, d'alliance et de commerce;

Les procès-verbaux et actes dressés par les officiers chargés de constater les délits, mais sous les limitations et distinctions établies par les lois;

Les actes du ministère des huissiers;

Ceux des notaires;

Et enfin les jugements et autres actes judiciaires.

17. Les procès-verbaux de conciliation devant les juges de paix sont aussi des actes authentiques, nonobstant ces mots de l'art. 54 du Code de procédure : « Les conventions des parties insérées au procès-verbal ont force d'*obligation privée ;* » ce qui veut dire seulement que les parties ne peuvent y stipuler d'hypothèque, et que les conventions n'ont point par elles-mêmes d'exécution *parée,* parce que l'on n'a pas voulu que les parties pussent, par cette voie, éluder le ministère des notaires. Mais le procès-verbal de conciliation étant rédigé par un officier public, sous les auspices d'un magistrat, est un acte authentique, qui fait pleine foi par lui-même, comme les autres actes authentiques.

Les conventions synallagmatiques qu'il renferme, comme les transactions, les abandons réciproques et toutes conventions qui, de leur nature, emporteraient obligation de part et d'autre, sont valables, sans qu'on puisse opposer qu'elles ne sont pas faites par des actes en doubles originaux, comme le veut l'art. 1325 pour les actes sous signature privée qui contiennent des conventions synallagmatiques; car ces procès-verbaux ne sont pas des actes sous signature privée.

18. Le mot *titre* et le mot *acte* sont souvent confondus dans le Code. C'est ainsi que la rubrique du § 1er de cette section porte *du titre authentique*, et que tous les articles ensuite parlent de l'*acte*.

Le titre, c'est la *cause* du droit; le titre d'un acheteur, c'est l'achat; le titre d'un fermier, c'est le louage : le titre se confond donc avec la convention ou le contrat.

Quand on dit que, pour prescrire par dix et vingt ans, il faut un juste titre, on entend dire qu'il faut une juste cause de possession, comme l'achat, la donation, le legs; et lorsque l'on ajoute que le *titre* nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans (art. 2267), on a en vue l'*acte*, seule chose qui puisse revêtir une *forme.*

Le mot *acte*, *actus*, du verbe *agere*, signifie ce qui a été fait, ce qui s'est passé entre les parties; et dans ce sens il se prend souvent pour la convention, pour le contrat : ACTUM *quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur : ut in stipulatione, vel numeratione.* (L. 19, ff. *de verb. signif.*) Mais il se prend souvent aussi pour la preuve du titre, ou de la convention, pour l'écrit qui a été rédigé pour la constater ; et c'est sous ce point de vue qu'on l'envisage ici. En ce sens les actes se nomment *instrumenta*, dans les lois romaines, parce qu'ils sont destinés à *instruire*, *instruere*, de ce qui s'est passé entre les parties, *quod actum est.*

Ces mots *titre*, *acte*, ne sont donc point synonymes, quoiqu'on les confonde souvent. On peut avoir un titre sans avoir un acte. Un héritier a un titre, *seu justa causa possidendi,* et son titre n'est point un acte. Celui qui a acheté verbalement un titre, et n'a point d'acte : il n'a point d'*instrumentum;* mais il a un titre dans l'achat. Et *vice versâ*, celui qui a acheté par écrit, mais de mauvaise foi, le fonds d'autrui, a bien un acte, mais il n'a point de titre : il n'a pas *justa causa possidendi*, et il ne prescrira que par trente ans, tout comme s'il n'avait pas acheté, mais seulement occupé la chose de lui-même. Son acte ne signifie rien, du moins quant au propriétaire. Au lieu que s'il eût acheté de bonne foi, et que l'acte ne fût pas nul par défaut de forme, il aurait titre et acte tout à la fois, et ce titre lui servirait pour prescrire par dix et vingt ans, ainsi que pour gagner les fruits.

19. Les rédacteurs du Code, considérant que la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, établissait toutes les formalités et conditions requises pour la validité des actes reçus par les notaires, se sont contentés de tracer quelques

règles pour les actes sous signature privée, de définir l'acte authentique, et d'expliquer ses principaux effets. Mais il importe d'analyser les dispositions générales de cette loi pour apprécier la validité des actes reçus par ces officiers publics, actes que le Code a généralement eus en vue en parlant du titre authentique.

20. Comme nous avons traité avec étendue des formalités du testament par acte public, ou en la forme mystique, d'après les dispositions de la même loi, et d'après celles du Code, au tome IX, nous ne nous en occuperons pas ici.

Art. II.

Analyse des dispositions principales de la loi du 25 ventôse an XI, *sur le notariat.*

21. Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, pour en assurer la date, en conserver le dépôt, et en délivrer des grosses et expéditions. (Art. 1.)

22. Par conséquent tout acte qui doit être passé en la forme authentique est du ministère des notaires, si une loi particulière n'a désigné un autre ordre de fonctionnaires ou d'officiers publics pour le recevoir ou le faire.

23. Les notaires sont institués à vie (article 2); c'est la garantie de leur indépendance.

24. Ils sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis. (Art. 3.)

Ils doivent le prêter aux personnes domiciliées hors de leur ressort, qui les requièrent, comme à celles de leur ressort, sauf l'application de l'art. 11, dont il sera bientôt parlé.

25. Chaque notaire doit résider dans le lieu qui lui est fixé par le gouvernement. En cas de contravention, le notaire est considéré comme démissionnaire; en conséquence le ministre de la justice, après avoir pris l'avis du tribunal, peut proposer au gouvernement son remplacement. (Art. 4.)

Les notaires exercent leurs fonctions, savoir : ceux des villes où est établi le tribunal d'appel (aujourd'hui la cour royale), dans toute l'étendue du ressort de ce tribunal; ceux des villes où il n'y a qu'un tribunal de première instance, dans l'étendue du ressort de ce tribunal.

Ceux des autres communes dans l'étendue du ressort du tribunal de paix. (Art. 5.)

26. Il est défendu à tout notaire d'instrumenter hors de son ressort, à peine d'être suspendu de ses fonctions pendant trois mois, d'être destitué en cas de récidive, et de tous dommages-intérêts. (Art. 6.)

L'art. 68 prononce, pour cette contravention, la nullité de l'acte considéré comme acte authentique; c'est une nullité pour cause d'incompétence de l'officier public.

27. Les fonctions des notaires sont incompatibles avec celles de juges, de commissaires du gouvernement près les tribunaux (aujourd'hui les procureurs généraux et royaux), leurs substituts, greffiers, avoués, huissiers, préposés à la recette des contributions directes ou indirectes, juges, greffiers et huissiers des justices de paix, commissaires de police et commissaires aux ventes. (Art. 7.)

On a voulu laisser la plus grande liberté aux citoyens dans le choix du dépositaire de leurs conventions, et pour cela ne point les obliger indirectement à recourir à ceux dont ils seraient les justiciables. Et comme la qualité de comptable des deniers publics emporte une responsabilité qui se serait mal accordée avec la sécurité que le ministère du notaire doit offrir à ceux qui le réclament, on a prononcé également l'incompatibilité de ces diverses fonctions dans la même personne. Mais les fonctions de notaires ne sont point incompatibles avec celles de maire ou d'adjoint de maire.

28. Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jus-

qu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur. (Art. 8.) L'art. 68 prononce aussi, pour cette infraction, la nullité de l'acte considéré comme acte authentique.

A plus forte raison les notaires ne peuvent-ils recevoir des actes dans lesquels eux ou leurs épouses auraient un intérêt, soit qu'ils traitassent par le ministère d'une personne interposée, soit qu'ils fussent en nom dans l'acte.

29. Les actes sont reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. (Art. 9.)

L'art. 68 prononce pareillement, pour infraction à cette disposition, la nullité de l'acte comme acte authentique.

Ainsi, si le notaire ne mentionne pas dans l'acte la présence d'un second notaire, ou celle de deux témoins instrumentaires, il y a nullité, quand bien même l'acte serait ensuite signé de deux notaires; car il résulterait seulement de la signature du second qu'elle a été donnée après coup, pour valider l'acte qui était nul dès le principe.

Et si la présence de deux témoins instrumentaires est mentionnée dans l'acte, quand cependant ils n'étaient point, ou l'un d'eux, présents à sa rédaction, l'acte fait bien foi de leur présence, mais il peut être attaqué par l'inscription de faux, et il doit être annulé s'il est établi qu'elle a été faussement mentionnée.

30. Mais quant à la présence du second notaire à la rédaction de l'acte dans lequel elle se trouve d'ailleurs mentionnée, elle n'a pas été considérée jusqu'à ce jour comme une condition de rigueur, sauf ce qui est prescrit pour les testaments par acte public, par l'art. 971 du Code civil. Dans les actes ordinaires, comme ceux de vente, d'échange, de transaction, les obligations, etc., on ne s'est point attaché à la disposition littérale de la loi du 25 ventôse an XI. On a continué d'observer à cet égard les statuts et règlements des notaires de Paris, homologués le 15 mai 1681, qui n'exigeaient point la présence réelle du second notaire à la réception de l'acte, mais seulement la mention de sa présence, et sa signature, pour sa responsabilité. En sorte que les parties ne seraient point admises à s'inscrire en faux pour établir que le second notaire n'a point réellement assisté à la rédaction et réception de l'acte, afin de le faire annuler; à la différence du cas où ce serait un testament, qui serait absolument nul si en réalité le second notaire n'avait pas assisté à toute l'opération.

Il est bien vrai que la loi de ventôse ne fait pas cette distinction entre les testaments et les autres actes; qu'elle exige pour tous qu'ils soient *reçus par deux notaires*, ou *par un notaire assisté de deux témoins;* mais dans toutes les législations et dans tous les temps, des lois ont été sujettes à tomber en désuétude, en tout ou en partie, par l'effet d'un consentement tacite des peuples : *Rectissimè etiam illud receptum est, ut leges non solùm suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* (L. 32, § 1, ff. *de legibus.*)

« Toutes les lois, dit M. d'Aguesseau (1), » sont sujettes à tomber en désuétude, et il est » bien certain que quand cela est arrivé, on » ne peut plus tirer un moyen de cassation » d'une loi qui a été abrogée tacitement par un » usage contraire. Il ne faut pas oublier cette » règle du droit romain : *Inveterata consuetudo* » *pro lege non immeritò custoditur* (2).

Or, il est certain que la disposition de la loi de ventôse sur ce point n'a pas été observée comme une de ces règles positives dont on ne peut s'éloigner sans exposer l'acte à la nullité. La société serait bouleversée si la nullité des actes authentiques pouvait être demandée pour cause de cette inobservation ; et l'imagination s'effraye en songeant à l'innombrable quantité d'inscriptions en faux et de demandes en nullité auxquelles donnerait lieu l'application lit-

(1) Lettre du 29 octobre 1736, tome IX, page 446.

(2) *V.* ce que nous avons dit à cet égard au tome I[er], n[os] 107 et suivants.

térale de la loi sur ce point. Le plus rigoureux observateur des règles qui n'aurait pas abjuré toute prudence, n'oserait jeter dans la société une telle cause de perturbation.

C'est un mal sans doute qu'une disposition non légalement abrogée, et surtout d'une loi si peu ancienne, ne soit pas mieux exécutée ; il vaudrait mieux qu'elle n'existât pas : aussi cette infraction a-t-elle été souvent signalée par des esprits sévèrement attachés à l'observation des règles. Mais enfin c'était au gouvernement, par l'organe du chef de la justice, à faire cesser l'abus, si la disposition était réellement utile; les citoyens ne sauraient être victimes de l'approbation tacite qu'il y a donnée par son silence dès les premiers temps de la loi elle-même jusqu'à ce jour. La signature du second notaire le rendant d'ailleurs responsable, on a pensé que les garanties étaient suffisantes.

31. Quant aux témoins instrumentaires, l'article 9 de la loi veut qu'ils soient *citoyens* français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. Or, d'après l'art. 4 de la constitution de l'an VIII, sous l'empire de laquelle la loi sur le notariat a été promulguée, la qualité de *citoyen* français se perd par la naturalisation en pays étranger, par l'acceptation de fonctions ou de pensions offertes par un gouvernement étranger, par l'affiliation à toute corporation étrangère qui supposerait des distinctions de naissance, et par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes.

Et, suivant l'art. 5, l'exercice des droits de citoyen est suspendu par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat ou détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli;

Par l'état de domestique à gages, attaché au service de la personne ou du ménage ;

Par l'état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contumace.

Ces dispositions ont été confirmées par l'article 7 du Code civil, qui porte que « l'exercice » des droits civils est indépendant de la qua- » lité de citoyen, laquelle ne *s'acquiert* et ne » se *conserve* que conformément à la loi constitu- » tionnelle. »

La charte de 1814 était muette sur la *qualité de citoyen*, et celle de 1830 n'en parle pas non plus ; en sorte que l'on peut regarder la constitution de l'an VIII comme étant encore en vigueur en ce point, du moins en général (1), et tous les jours on en applique l'article 75.

Mais l'art. 2 de la même constitution exigeait de tout homme né et résidant en France, pour être citoyen, 1° qu'il fût âgé de vingt et un ans accomplis; 2° qu'il se fût fait inscrire sur le registre civique de son arrondissement communal, et 3° qu'il eût demeuré depuis pendant un an sur le territoire de la république ; en sorte que l'on n'a pu devenir citoyen français avant l'âge de vingt-deux ans, ni par conséquent être témoin, avant cet âge, aux actes reçus par les notaires.

Toutefois, quant à la seconde condition, celle de l'inscription sur le registre civique de l'arrondissement communal, comme ces registres n'ont point été tenus dans la plupart des communes, et que les citoyens n'ont pu devenir victimes de la négligence de l'autorité à cet égard, on est généralement d'accord que cette condition n'a pas été nécessaire pour être citoyen français, et par conséquent pour être témoin aux actes reçus par les notaires.

32. Et pour les témoins aux testaments, c'est l'art. 980 du Code civil qui règle les qualités qu'ils doivent avoir : ces qualités sont d'être mâle, majeur, sujet du roi, et de jouir des droits civils (2).

(1) Nous disons *en général*, parce que, d'après l'art. 17 du Code civil, l'acceptation de fonctions conférées par un gouvernement étranger ne faisant point perdre la qualité de Français, lorsqu'elle a été autorisée par le gouvernement français, il est à croire qu'elle ne fait point perdre non plus la qualité de *citoyen*, si elle a eu lieu avec cette autorisation. En outre l'affiliation à une corporation étrangère qui supposerait des distinctions de naissance, n'a plus été une cause de perte de la qualité de Français depuis le rétablissement de la noblesse.

(2) *V*. tome IX, nos 104 et suivants.

33. Outre les individus qui ont été condamnés à la peine des travaux forcés à temps, au bannissement, à la reclusion ou au carcan, lesquels, d'après l'art. 28 du Code pénal, ne peuvent jamais être témoins dans les actes (à moins qu'ils n'aient été réhabilités (art. 633, Cod. d'inst. crim.), ceux qui ont été condamnés correctionnellement, avec l'interdiction du droit de témoignage dans les actes (art. 42, Code pénal), ne peuvent être témoins instrumentaires pendant le temps déterminé par l'arrêt ou le jugement (1).

34. Et il faut observer qu'il n'est pas nécessaire d'attaquer l'acte par inscription de faux, pour défaut des qualités requises dans les témoins, quand bien même le notaire aurait déclaré dans l'acte qu'ils avaient toutes ces qualités; car il a pu être dans l'erreur à cet égard; il a pu être trompé; il ne peut rien attester de positif à ce sujet. Cela est généralement hors de son ministère.

35. Mais si, lors de l'acte, un témoin se trouvait privé d'une qualité nécessaire, qu'on lui reconnaissait cependant généralement, l'acte ne serait pas nul pour cela. L'erreur commune la rend facilement excusable (2). C'est d'après ce principe que Justinien, dans ses Institutes, § 7, *de testam. ord.*, décide qu'un testament n'est pas nul par cela seul qu'un esclave qui passait publiquement pour homme libre y a figuré comme témoin; et la cour de Limoges, par son arrêt du 7 septembre 1809 (3), a sainement appliqué cette doctrine, en maintenant un testament auquel avait figuré comme témoin (nécessaire à raison du nombre) un individu que l'on croyait généralement, dans le pays, investi de la jouissance des droits civils, dans le sens de l'art. 980 du Code civil, tandis qu'il en était privé comme étant, lors de l'acte, sous le coup d'une condamnation pour fait de désertion, mais qui était ignorée. La cour n'a pas même voulu admettre la preuve de ce fait, qui paraissait d'ailleurs constant: elle s'est déterminée par application de la maxime *error communis facit jus* (4).

36. Deux notaires parents ou alliés au degré prohibé par l'art. 8, ne peuvent concourir au même acte. (Art. 10.)

Mais la même prohibition n'étant point portée à l'égard des témoins, l'on ne pourrait prononcer la nullité d'un acte sur le seul motif que ceux qui y ont assisté comme témoins instrumentaires étaient parents ou alliés au degré cidessus (5).

37. Les parents, alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes, au degré prohibé par l'art. 8, leurs clercs et serviteurs, ne peuvent être témoins. *(Ibid.)*

Ces dispositions sont aussi à peine de nullité de l'acte comme acte authentique. (Article 68.)

38. Le nom, l'état et la demeure des parties doivent être connus des notaires, ou leur être attestés dans l'acte par deux citoyens connus d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoin instrumentaire. (Article 11.)

Cette disposition n'est point portée sous peine de nullité; aucune amende n'est même prononcée contre le notaire contrevenant. Cependant comme la loi ne peut pas être dépourvue de toute sanction, l'on doit tenir que l'inobservation de son prescrit donnerait lieu aux dommages-intérêts contre le notaire, et au profit des personnes qui se trouveraient lésées par l'acte. Ce ne serait point, il est vrai, en vertu de l'art. 68 de la loi de ventôse, puisque l'art. 11 n'y est pas mentionné; mais ce serait en vertu du principe général, que tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. (Art. 1382 et 1383.) Tel serait le cas d'un faux pouvoir donné par un individu

(1) * Un failli non réhabilité est apte à figurer comme témoin dans un acte authentique. (Liége, 15 février 1827, et Liége, cass., 14 mai 1828; Rec. de Liége. 10, 326; 11, 216.)

(2) *V.* la loi *Barbarius Philippus*, 3, ff. *de officio prætorum*. (*Brux., 30 mai, 26 décembre 1831; J. de B., 1831, 1, 359; J. du 19e s., 1831, 3, 126.)

(3) Sirey, 1813, 2, 335.

(4) C'est ce que nous avons déjà dit, au tome IX, no 109.

(5) *V.* tome IX, no 117, et l'arrêt qui y est cité.

non connu du notaire, si l'exécution de ce faux pouvoir avait par le fait nui à la personne au nom de laquelle il était censé donné. Tel serait aussi le cas d'un testament que des héritiers auraient été obligés d'attaquer en faux pour en empêcher l'exécution. Mais comme les personnes qui traitent ensemble sont censées se connaître, l'on sent que quand bien même, dans un contrat synallagmatique, l'une d'elles ne serait pas la personne qu'elle se dit être, ou qu'elle n'aurait pas la qualité en vertu de laquelle elle s'est dit agir, le notaire ne serait que bien difficilement responsable; car l'autre partie aurait elle-même à se reprocher sa propre faute d'avoir traité avec un individu qu'elle ne connaissait pas.

39. Tous les actes doivent énoncer les nom et lieu de résidence du notaire qui les reçoit, à peine de 100 francs d'amende contre le notaire contrevenant. (Art. 12.)

40. Ils doivent également énoncer les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous les peines prononcées par l'art. 68, et même de faux, si le cas y échoit. (*Ibid.*)

Or, les peines prononcées par cet art. 68, sont la nullité de l'acte considéré comme acte authentique, et les dommages-intérêts, s'il y a lieu, contre le notaire contrevenant.

Ainsi, la demeure des témoins doit être énoncée dans l'acte, à peine de nullité. Il faut en effet que l'on puisse vérifier s'ils avaient les qualités requises, et pour cela connaître leur demeure : or, pour qu'on puisse plus facilement la connaître, il faut qu'elle soit mentionnée dans l'acte (1). C'est aussi une puissante garantie contre le faux.

41. Mais la mention de la qualité de *notaire* n'est point prescrite à peine de nullité de l'acte considéré comme authentique; l'art. 12 n'exige même l'énonciation du *nom* et de la *résidence* du notaire que sous peine d'amende. Cette mention pourrait donc être suppléée par une énonciation qui indiquerait clairement que c'est un notaire qui a reçu l'acte : comme s'il était dit: *Par-devant nous, tel, résidant à.....* ou *de résidence à tel endroit.* Les nullités ne se suppléent pas (2).

42. Le lieu où l'acte est passé est suffisamment énoncé par l'indication de la ville ou de la commune; il n'est pas de rigueur de mentionner spécialement la rue ou le territoire de la commune, ni la maison, ainsi que l'exigeait l'ordonnance de Blois: *locus loci*, comme disait Dumoulin (3). La loi actuelle n'exige pas une indication aussi précise, même pour les testaments, qui se font cependant souvent hors de l'étude du notaire (4); et l'acte est généralement présumé passé en l'étude du notaire, parce que c'est là que le notaire se livre communément aux devoirs de sa profession (5).

43. Les actes des notaires doivent être écrits en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviation, blanc, lacune, ni intervalle; ils doivent contenir les noms, prénoms, qualités et demeures des parties, ainsi que des témoins qui seraient appelés dans le cas de l'art. 11; ils énoncent en toutes lettres les sommes et les dates; les procurations des contractants doivent être annexées à la minute, qui fait mention que lecture de l'acte a été faite aux parties : le tout à peine de 100 francs d'amende contre le notaire contrevenant. (Art. 13.)

L'unité de contexte exigée ici est l'unité de

(1) Arrêt de cassation du 1er octobre 1810. (Sirey, 1811, 1, 21.)

(2) *V.* sur ce point ce que nous avons dit au tome IX, n° 60, en parlant *des testaments*, où nous portons la même décision, qui est aussi celle de M. Toullier, mais non celle de M. Merlin.

(3) * Toullier, 8, n° 82. (Brux., 10 juin 1819; J. de B., 1819, 2, 97; Req., 23 novembre 1825; Sirey, 26, 157.)

Le défaut d'indication dans un acte notarié, et notamment dans un testament du lieu où l'acte a été passé, rend cet acte nul. (Loi du 25 ventôse an XI, art. 16, 28; Lyon, 18 janvier 1832.)

(4) *V.* tome IX, n° 55.

(5) * La mention du lieu où un acte public est passé, peut résulter de l'ensemble de cet acte sans qu'il faille nécessairement à cet égard une mention spéciale et formelle.

Cette mention ne doit pas nécessairement se trouver à la fin de l'acte. (Brux., 10 juin 1819; J. de B., 1819, 2, 92.)

contexte quant *à la forme.....*, c'est-à-dire, ainsi qu'on l'explique ensuite, sans aucun blanc, lacune, ni intervalle. Ce n'est point l'unité de contexte dont parle, en ces termes, l'art. 976 du Code civil, relativement à l'acte de suscription du testament mystique (1) : « Tout ce que » dessus sera *fait de suite et sans divertir à au- » tres actes.* » Ce n'est point non plus l'unité *de temps;* en sorte qu'un acte commencé le matin et achevé le soir n'aurait rien de contraire au vœu de la loi. D'ailleurs l'article ne prononce point la nullité, mais seulement une amende contre le notaire, et il n'y aurait même pas lieu à prononcer cette amende, quoique le ministère public offrît de prouver que l'acte a été passé en deux temps. Enfin ce n'est pas même l'unité d'*acte,* car rien n'empêcherait de mêler par exemple une procuration, une transaction à un acte de vente, de louage ou de société, par une clause au commencement, à la fin ou même dans le courant de l'acte; seulement il y aurait lieu à un droit particulier d'enregistrement pour la convention spéciale.

Lorsque l'acte est délivré en brevet, comme une quittance de fermages, de loyers, d'arrérages, de pensions et rentes (art. 20), si le créancier fait toucher par un mandataire, la procuration n'en doit pas moins rester entre les mains du notaire, pour sa garantie.

44. Les actes sont signés par les parties, les témoins et les notaires, qui doivent en faire mention à la fin de l'acte.

Quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit faire mention, à la fin de l'acte, de leurs déclarations à cet égard. (Art. 14.)

L'observation de ces dispositions est prescrite aussi par l'art. 68 à peine de nullité.

45. Toutefois un avis du conseil d'État, du 16 juin 1810, approuvé le 20 du même mois, et inséré au Bulletin des lois, a décidé, par interprétation de l'art. 14, et pour tous les actes notariés indistinctement, les testaments (2) comme les autres, que la peine de nullité, prononcée par l'art. 68, pour défaut de mention de la signature des parties, des témoins et des notaires qui ont reçu l'acte, ne doit pas s'appliquer au défaut de mention de la signature des notaires, attendu que si cette mention a un but utile en ce qui concerne la signature des parties et des témoins, cette utilité cesse à l'égard de celle des notaires eux-mêmes, qui est toujours exigée, toujours publique, et qui est la certification des autres signatures.

46. La loi de ventôse exige bien, lorsque l'une des parties ne sait ou ne peut signer, que l'acte fasse mention de sa déclaration à cet égard, mais elle n'exige pas, comme l'art. 973 du Code, pour les testaments par acte public, qu'il soit fait mention aussi de la cause qui a empêché la partie de signer (3).

47. Lorsqu'un testateur savait et pouvait signer, et que le testament contient sa déclaration de ne savoir signer, il y a présomption qu'il n'a pas testé librement; en conséquence, si la preuve était fournie qu'il savait signer, par exemple si l'on produisait des actes reconnus pour avoir été signés de lui, le testament serait annulé, ainsi que l'ont jugé plusieurs cours, dont nous citons les arrêts au tome IX, n° 99.

Mais il n'en serait généralement pas ainsi dans les autres actes, même dans ceux de donation; autrement il serait facile à l'une des parties de tromper l'autre, et de se rendre de la sorte maîtresse du sort de l'acte.

48. La signature des parties doit, en général, être du nom de famille tel qu'il est porté dans les actes de naissance. Nous avons expliqué cette règle et les modifications dont elle est susceptible, en traitant des testaments (4).

49. Les renvois et apostilles ne peuvent être écrits qu'en marge; ils doivent être signés ou parafés tant par les notaires que par les autres signataires, à peine de nullité des renvois et apostilles. Si la longueur du renvoi exige qu'il soit transporté à la fin de l'acte, il doit être non-

(1) *V.* tome IX, n° 59.

(2) Ainsi que nous l'avons dit au tome IX, n° 92.

(3) *V.* tome IX, nos 92 et suivants.

(4) Tome IX, nos 59 et suivants, et 89.

seulement signé ou parafé comme les renvois écrits en marge, mais encore expressément approuvé par les parties, à peine de nullité du renvoi. (Art. 15.)

50. En sorte que si le renvoi a pour objet une chose essentielle au contrat, par exemple, le prix dans le cas d'une vente, et qu'il ne soit pas fait avec les formalités ci-dessus, il en résulte nullité de l'acte considéré comme acte authentique, parce qu'il n'y a plus de prix convenu, et qu'une vente ne peut exister sans prix. Mais si le renvoi n'a pour objet que quelque réserve ou addition, en un mot, toute autre chose qu'une chose essentielle au contrat, ce renvoi étant simplement réputé non écrit, l'acte est valable pour le surplus.

51. Il ne droit y avoir ni surcharge, ni interligne, ni addition dans le corps de l'acte, et les mots surchargés, interlignés ou ajoutés, sont nuls (1). Les mots qui doivent être rayés doivent l'être de manière que le nombre puisse en être constaté à la marge de leur page correspondante, ou à la fin de l'acte, et être approuvés de la même manière que les renvois écrits en marge ; le tout à peine d'une amende de 50 francs contre le notaire, ainsi que de tous dommages-intérêts, même de destitution en cas de fraude. (Art. 16.)

52. Puisque les mots surchargés, interlignés ou ajoutés sont nuls, il s'ensuit que si c'est la date qui se trouve surchargée, interlignée ou ajoutée, l'acte est nul, considéré comme authentique ; car il se trouve par là privé de date. Or, aux termes de l'art. 12, seconde disposition combinée avec l'art. 68, le défaut de date rend l'acte nul comme acte authentique.

C'est ce qu'a jugé la cour de cassation à l'égard d'une date *surchargée*, par arrêt de rejet du pourvoi formé contre une décision de la cour de Poitiers : « Attendu, porte l'un des » considérants, qu'il a été faite une juste appli- » cation à la cause des art. 12 et 16 de la loi » du 25 ventôse an XI, qui prononçaient la nul- » lité de l'acte, considéré comme authentique, » puisqu'il a été déclaré qu'au moyen de la nul- » lité ci-dessus et des mots concernant la date, » qui étaient surchargés, ledit acte n'était réel- » lement point daté (2). »

Par la même raison, si les mots exprimant le quantième, le mois et l'année, qui forment la *date* de l'acte, sont par interligne au addition visible, l'acte est nul comme acte authentique; car ils ont pu être mis après coup par le notaire, pour éviter l'amende, lorsqu'il s'est aperçu de leur omission, ou bien à la sollicitation de l'une des parties, et il n'a pas dû dépendre de lui d'enlever à l'autre le droit de demander la nullité.

Peut-être que les tribunaux repoussant une conséquence logique, mais qui leur paraîtrait vraisemblablement trop rigoureuse, ne porteraient pas la même décision sur le cas où ce serait seulement le nom du lieu où l'acte a été passé qui aurait été surchargé, ajouté ou interligné : l'irrégularité, en effet, ne présente pas les mêmes dangers, du moins généralement, d'autant mieux que l'immatricule du notaire indiquerait d'ordinaire le lieu où l'acte a été reçu ; sauf le cas où l'on prétendrait qu'il a été passé hors du ressort du notaire, et que les circonstances donneraient lieu de le penser.

53. Au surplus, la surcharge de la date d'un testament olographe n'est pas un moyen de nullité, si d'ailleurs il y a date fixe, ainsi que l'a jugé la cour de cassation elle-même, par arrêt du 11 juillet 1810. (Sirey, 1810, 1,289.) L'art. 16 de la loi sur le notariat ne s'applique point aux testaments olographes. Voyez les *Questions de droit* de M. Merlin, v° *Testament*, § 16.

54. Cet article 16 ne prononce pas expressément la nullité des mots rayés ; il se borne à

(1) * Un acte authentique ne fait foi, jusqu'à inscription de faux, des sommes qu'il énonce, que lorsqu'il n'y a pas d'altération sur les mots qui les expriment.

Si donc, dans un acte de donation où le montant de la somme donnée paraît être de *seize mille francs*, le mot *seize* a été altéré et remplacé par le mot *six*, les juges peuvent n'avoir aucun égard au mot *six* ou *seize*, et porter la quotité de la somme à *mille* francs, seuls mots écrits d'une manière claire et lisible. (Cass., 27 juillet 1825 ; Sirey, 26, 127.)

(2) Arrêt du 27 août 1812. (Sirey 1812, 1, 369.)

dire qu'ils devront l'être de manière que le nombre puisse en être constaté à la marge de leur page correspondante, ou à la fin de l'acte, et être approuvés de la même manière que les renvois écrits en marge : le tout à peine d'une amende de 50 francs contre le notaire, ainsi que de tous dommages-intérêts, même de destitution en cas de fraude.

Il n'a pas dû dépendre en effet, du notaire, ou de tout autre, dans les mains duquel tomberait la minute, d'en annuler les dispositions essentielles en rayant les mots qui les exprimeraient. Les mots rayés et approuvés comme tels, sont incontestablement nuls, mais ceux qui, quoique rayés, n'ont point été approuvés comme tels, ne le sont pas nécessairement : ils ne le sont qu'autant que l'acte a été clos et signé en cet état ; alors, l'omission du notaire, de les approuver comme rayés ou nuls, ne saurait leur donner une force qu'ils n'ont jamais eue. Il y a seulement lieu à l'amende contre le notaire. Mais leur rature depuis l'acte ne peut pas non plus détruire leur effet au détriment de l'une des parties, et peut-être de toutes deux.

Il se présente toutefois une difficulté dans l'application de ces principes, dont on ne saurait contester la certitude.

L'acte est-il censé avoir été clos et signé avec les mots rayés ; ou bien, au contraire, est-il censé avoir été fait sans les ratures?

Nous pensons qu'il est censé avoir été clos et signé sans les ratures non approuvées comme elles devraient l'être : qu'il y a présomption que le notaire s'est conformé, en le rédigeant, à ce que lui prescrivait la loi, et elle lui prescrivait de faire mention des ratures, s'il y en avait réellement lors de l'acte ; en conséquence, les mots rayés et dont la rature n'a point été approuvée, sont bons et doivent produire leur effet, si l'on peut en apercevoir encore la teneur, ou si par l'interprétation avec ce qui précède ou ce qui suit, on peut naturellement en saisir le sens.

Vainement dirait-on que par là on suppose la fraude dans le notaire ; qu'on l'accuse d'avoir rayé après coup, et que la fraude ne se présume pas ; qu'il vaut mieux supposer une simple négligence dans l'omission de l'approbation des mots rayés, qu'une fraude aussi grave que celle d'avoir fait des ratures sur un acte depuis sa perfection. Car, d'abord, il est fort possible que ce soit une autre personne que le notaire qui les ait faites ; en second lieu, c'est la faute du notaire d'avoir donné lieu contre lui à cette présomption ; et enfin le sort des actes ne doit pas être laissé à la merci d'un notaire qui a pu être gagné par l'une des parties.

Au surplus, nous pensons bien qu'il n'y a rien d'absolu sur ce point : l'ancienneté de l'acte, la circonstance que dans les expéditions qui en ont été levées les mots rayés sur la minute (dont on peut toujours demander la représentation tant qu'elle existe, art. 1334) auraient été ou non reproduits, donneraient lieu aux tribunaux d'apprécier si l'on doit naturellement croire que les ratures ont été faites avant la clôture de l'acte, ou après coup.

Mais prétendre que parce que le notaire est dépositaire de l'acte, et que la fraude ne se présume point, et encore moins dans un homme public que dans un homme privé, l'acte, jusqu'à preuve contraire, est censé sorti des mains du notaire tel qu'il est actuellement, quand les ratures n'ont point été approuvées, ce serait une maxime fertile en conséquences dangereuses, et que par cela même l'on ne doit point admettre d'une manière aussi absolue. La maxime contraire, que le notaire est présumé avoir fait, lors de l'acte, ce que la loi lui prescrivait quant aux ratures comme quant aux autres parties de l'acte, est une maxime plus sûre, sauf à en modifier l'application selon les circonstances de la cause.

55. Les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent.

Ne sont néanmoins pas compris dans cette disposition les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de fermages, de loyers, de salaires, arrérages de pensions et rentes, et autres actes simples qui, d'après les lois peuvent être délivrés en brevet. (Art. 20.)

56. D'après un avis du conseil d'État, du 7 avril 1821, dont nous rappelons la teneur au titre *des Testaments*, tome IX, n° 61, les testaments par acte public ne sont point compris dans ces termes *et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet;*

ils doivent au contraire être faits avec minute, et en conséquence le notaire ne doit point se dessaisir de la minute du testament, même lorsque le testateur, qui entend le révoquer, lui en demande la remise. Comme nous avons discuté l'un et l'autre point avec étendue, à l'endroit cité, en adoptant pleinement l'avis du conseil d'État, nous n'entrerons pas dans de nouvelles explications à cet égard.

57. Le droit de délivrer des grosses et des expéditions n'appartient qu'au notaire possesseur de la minute ; et néanmoins tout notaire peut délivrer copie d'un acte qui lui a été déposé pour minute. (Art. 21.)

58. Les notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune minute, si ce n'est dans les cas prévus par la loi, et en vertu d'un jugement.

Avant de s'en dessaisir, ils doivent en signer une copie figurée, qui, après avoir été certifiée par le président et le procureur du roi du tribunal civil de leur résidence, est substituée à la minute, dont elle tient lieu jusqu'à sa réintégration. (Art. 22.)

59. Les notaires ne peuvent également, sans ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer expédition ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit, à peine des dommages-intérêts, d'une amende de 100 fr., et d'être, en cas de récidive, suspendus de leurs fonctions pendant trois mois, sauf néanmoins l'exécution des lois et règlements sur le droit d'enregistrement, et celle relative aux actes qui doivent être publiés dans les tribunaux. (Art. 23.)

60. Les grosses seules sont délivrées en forme exécutoire; elles sont intitulées et terminées dans les mêmes termes que les jugements des tribunaux. (Art. 25.)

61. Il doit être fait mention sur la minute de la délivrance d'une première grosse à chacune des parties intéressées : il ne peut lui en être délivré d'autre, à peine de destitution, sans une ordonnance du président du tribunal de première instance, laquelle demeurera jointe à la minute (art. 26), ou sans le consentement de toutes les parties intéressées. (Art. 1335-4°, Cod. civ.)

62. Suivant l'art. 844 du Cod. de procéd., la partie qui veut se faire délivrer une seconde grosse, soit d'une minute d'acte, soit par forme d'ampliation sur une grosse déposée, présente, à cet effet, requête au président du tribunal de première instance : en vertu de l'ordonnance qui est rendue, elle fait sommation au notaire pour faire la délivrance à un jour et heure indiqués, et aux parties intéressées pour y être présentes; mention est faite de cette ordonnance au bas de la seconde grosse, ainsi que de la somme pour laquelle on pourra exécuter, si la créance a été acquittée ou cédée en partie.

Ces formalités ne sont pas nécessaires lorsque toutes les parties intéressées sont d'accord pour la délivrance de la seconde grosse; mais il faut que ceux contre qui elle sera exécutoire soient capables de donner leur consentement.

Le magistrat n'ordonne la délivrance d'une seconde grosse à une partie que lorsque cette partie a perdu celle qui lui avait été délivrée, ou bien lorsque la créance portée en la première grosse, et appartenant à un seul, se trouve ensuite appartenir à plusieurs, soit par cession de partie du droit, soit par l'effet de la division des dettes entre les héritiers du créancier (art. 1220, Cod. civ.), et afin que chacun d'eux ait un titre exécutoire, au moyen duquel il puisse faire saisir les biens du débiteur, sans jugement. (Art. 551, Cod. de procéd.)

63. On est généralement d'accord que pour la délivrance de la première grosse à chacune des parties, le notaire n'a pas besoin, pour la faire, d'être assisté du second notaire ou des témoins instrumentaires, attendu que c'est là une suite directe de son ministère dans la réception même de l'acte : aussi la loi ne prescrit-elle point cette assistance. On considère la première grosse comme la minute elle-même que, dans les anciens temps, les notaires remettaient aux parties.

Il n'est sans doute pas impossible que la mi-

nute ne soit pas fidèlement et exactement reproduite dans la grosse, soit par erreur du clerc copiste, soit par fraude de l'officier public; mais la loi a prévu ce danger, en autorisant le débiteur à exiger la représentation du titre original tant qu'il existe, et en décidant que la copie, quelle qu'elle soit, ne fait toujours foi que de ce qui est contenu au titre. (Art. 1334 du Cod. civ.)

Il est vrai que lorsque le titre original ne subsiste plus, les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original (article 1335-1°), c'est-à-dire qu'elles sont présumées reproduire exactement l'original; et il eût peut-être été utile, dans la prévoyance de ce cas, d'exiger que le notaire fût assisté dans la délivrance de la grosse; mais c'est un cas extraordinaire, et on a pensé que la délivrance de la première grosse à chacune des parties ayant généralement lieu dans le temps où l'acte a été passé, elles s'apercevaient facilement des inexactitudes ou infidélités qui auraient pu s'y glisser ou être commises et qu'elles les feraient rectifier.

Quant aux secondes grosses, M. Toullier dit que leur délivrance est un nouvel acte du notaire, et en conséquence qu'il doit être assisté d'un second ou de deux témoins instrumentaires, et nous avions nous-même adopté d'abord cette opinion (1); mais en y réfléchissant davantage, nous avons changé d'avis, attendu que l'art. 844 du Code de procédure, qui trace les formalités à observer pour cette délivrance, ne parle point de celle-là, mais seulement d'une sommation *au notaire*, à un jour et heure indiqués, et *aux parties intéressées*, pour être présentes. C'est probablement parce qu'il n'y a point de nouvelles obligations dans cette seconde grosse, et que les conditions et formalités prescrites par cet article ont paru une garantie suffisante que la grosse serait délivrée parfaitement conforme à la minute, dont la représentation peut d'ailleurs toujours être exigée tant qu'elle existe. L'usage n'est pas non plus conforme à l'opinion de M. Toullier.

Nous aurons encore à parler des grosses ou premières expéditions quand nous traiterons des copies des actes.

64. Les actes notariés doivent être légalisés, savoir, ceux des notaires à la résidence des tribunaux (cours) d'appel, lorsqu'on veut s'en servir hors de leur ressort; et ceux des autres notaires, lorsqu'on veut s'en servir hors de leur département. (Art. 28.)

La légalisation est une attestation du président du tribunal, ou du juge qui le remplace, que la signature mise au bas de l'acte est bien celle de l'officier public dont elle porte le nom.

On ne légalise que les grosses ou premières expéditions, en vertu desquelles seulement on peut exécuter sans jugement, et non les minutes, qui restent en dépôt chez le notaire.

65. Tout notaire suspendu, destitué ou remplacé, doit, aussitôt après la notification qui lui a été faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement, cesser l'exercice de son état, à peine de tous dommages et intérêts, et des autres condamnations prononcées par les lois contre tout fonctionnaire suspendu ou destitué qui continue l'exercice de ses fonctions.

Le notaire ne peut les reprendre, sous les mêmes peines, qu'après la cessation du temps de la suspension. (Art. 52.)

66. Telles sont les principales dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, sur les actes reçus par les notaires, et l'art. 69 prononce l'abrogation de la loi du 4 octobre 1791, et de toutes autres lois ou statuts, en ce qu'ils auraient de contraire à la présente.

Il est toutefois une autre disposition importante, celle de l'art. 68, reproduite dans l'article 1318 du Code, et que nous allons bientôt analyser.

67. Les actes doivent être rédigés en langue française, même lorsque les parties ne parleraient pas cette langue. Depuis l'ordonnance de 1539, tous les actes, contrats, testaments (2), etc., ont dû être rédigés en fran-

(1) Dans notre *Traité des contrats*, etc., tome IV, n° 1323.

(2) *V.* tome IX, n°s 78 et suivants.

çais; et d'après un décret du 2 thermidor an II, il est défendu d'enregistrer aucun acte, même sous seing privé, s'il n'est écrit en français. Ce décret toutefois ne prononçait pas la nullité des actes, mais un emprisonnement contre les notaires contrevenants. Son exécution fut, il est vrai, suspendue indéfiniment peu de temps après sa publication; mais un arrêté du 24 prairial an XI ordonna qu'à l'expiration du délai d'un an (délai qui fut ensuite prorogé par plusieurs décrets), tous les actes seraient rédigés en français dans les pays nouvellement réunis. Cet arrêté autorisait toutefois à écrire à mimarge de la minute, la traduction littérale de l'acte dans la langue ou l'idiome du pays; et c'est ce qui doit s'observer dans les localités où, comme dans certains cantons de l'Alsace et des départements voisins des Pyrénées, la langue française n'est pas la langue populaire.

Art. III.

De l'effet des actes nuls, considérés comme actes authentiques.

68. Suivant l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67 (1) de la même loi, est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties; et lorsque l'acte est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaut que comme signature privée, sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant.

Voyez, quant à la responsabilité du notaire pour des vices de forme qui feraient prononcer la nullité de l'acte, ce que nous avons dit en parlant des testaments, tome IX, n° 122.

L'art. 1318 du Code porte aussi que « l'acte » qui n'est point authentique par l'incompé» tence ou l'incapacité de l'officier, ou par un » défaut de forme, vaut comme écriture pri» vée, s'il a été signé des parties. »

Mais ces dispositions donnent lieu à plusieurs observations importantes.

69. D'abord, quand les actes ne peuvent valoir que comme actes authentiques, tels que ceux portant donation, les contrats de mariage, les conventions d'hypothèque, il ne sert de rien qu'ils aient été signés des parties lorsqu'ils sont nuls comme actes authentiques par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier qui les a reçus, ou par un défaut de forme; car les formalités, dans ces actes, ne sont pas seulement exigées pour la preuve, mais bien encore pour la solennité de l'acte, ou, si l'on veut, la loi ne reconnaît la preuve que dans l'emploi de ces mêmes formalités: en sorte que l'aveu de la partie touchant le fait de la convention serait indifférent, et l'on ne pourrait pas lui déférer le serment, d'après la règle *frustrà probatur quod probatum non relevat.* La nullité de l'acte, dans des cas, entraîne la nullité de la convention elle-même.

70. Quant à l'incompétence ou à l'incapacité de l'officier qui a reçu l'acte, il est besoin de quelques distinctions, parce que les effets ne sont pas les mêmes dans tous les cas.

L'officier qui a reçu l'acte, peut être *incompétent* dans deux cas, qu'il ne faut pas confondre : 1° lorsqu'il a reçu l'acte hors de son ressort ; 2° lorsqu'un autre officier public qu'un notaire a reçu un acte du ministère des notaires.

Un officier public peut être *incapable* aussi dans deux cas : 1° lorsqu'il a obtenu sa nomination par subreption; 2° lorsqu'il a été suspendu, interdit ou destitué.

71. Dans le premier cas d'incompétence; c'est-à-dire lorsque le notaire a reçu l'acte hors du ressort qui lui est fixé par l'art. 5 de la loi sur le notariat, et que cela est prouvé par les moyens de droit, si la loi n'exigeait pas qu'il fût en la forme authentique, l'acte est obligatoire s'il est signé des parties, lors même qu'il

(1) Les art. 64, 65 et 66 contiennent des dispositions transitoires, relatives aux obligations qu'avaient à remplir les notaires qui, au moment de la publication de la loi, exerçaient leurs fonctions, et relatives aux notaires qui exerçaient des fonctions déclarées, par l'art. 7, incompatibles avec celles de notaires. L'art. 67 est relatif au serment, et au délai dans lequel les notaires ont dû le prêter.

contiendrait des conventions synallagmatiques, comme une vente, un bail, une transaction. L'art. 1325, qui exige que les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques soient faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, n'est point applicable à ce cas, parce que l'acte n'étant pas au pouvoir de l'une des parties seulement, étant au contraire dans un dépôt public, le motif qui a présidé à la rédaction de cet article ne se fait plus sentir. C'est ce qu'a jugé la cour de Turin, le 7 février 1809 (1). L'observation en fut d'ailleurs fait au conseil d'État lors de la discussion ouverte sur l'article 1318 du Code, et l'on fut généralement d'accord que la conséquence qu'on voudrait tirer de la combinaison de cet article 1325 avec l'article 1318, pour le cas où l'acte nul comme authentique contiendrait des conventions synallagmatiques, serait absolument sans force.

72. Il faudrait même décider, s'il y avait plusieurs obligés solidaires dont un ou plusieurs seulement auraient signé avec l'autre partie, que l'acte serait obligatoire pour tous les signataires; car, de ce que l'un des débiteurs solidaires n'est pas valablement obligé, il ne s'ensuit point que les autres ne le soient pas, puisque, ainsi que nous l'avons dit en traitant de la *solidarité*, si, dans les obligations solidaires, il n'y a qu'une seule obligation *quoad rem*, il y en a autant, *quoad personas* qu'il y a de personnes obligées. Ainsi dans le cas, par exemple, d'une vente faite à plusieurs personnes qui se sont solidairement obligées au payement du prix, et dont quelques-unes seulement auraient signé l'acte, si ceux qui ont signé offraient au vendeur la totalité du prix, celui-ci, qui a aussi signé, ne pourrait se refuser à le recevoir, sur le seul prétexte que l'un ou plusieurs des acheteurs n'ont pas signé; car il n'aurait pas d'intérêt. Et s'il offrait de son côté d'exécuter le contrat suivant sa teneur, les signataires ne pourraient non plus se refuser à l'exécuter (2).

(1) *Journal de Jurisprudence du Code civil*, tome XIV, page 60.

73. Et si l'acte ne contenait qu'une obligation purement unilatérale, comme un emprunt, une reconnaissance de dette, une simple promesse de payer telle somme pour une cause préexistante, il ne serait pas moins obligatoire pour le débiteur ou pour ceux des débiteurs, solidaires ou non, qui l'auraient signé, quoique le créancier ne l'eût pas signé, ne sachant ou ne le pouvant faire ; car la signature de celui qui n'est obligé à rien n'est pas nécessaire dans les actes sous seing privé : ces actes, tels que les billets, les simples promesses et les reconnaissances de dettes, ne sont même jamais signés par le créancier; or, celui dont il s'agit a force d'écriture privée.

Il est vrai que l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI paraît exiger indistinctement que l'acte ait été signé par *toutes les parties,* pour qu'il puisse valoir comme écriture privée, et que l'art. 1318 du Code dit *s'il a été signé des parties;* mais ce sont des expressions générales, employées pour dire que celui qui n'a pas signé l'acte n'est point obligé, et par conséquent que si la convention est synallagmatique, il est nécessaire que l'acte soit signé de toutes les parties, attendu que, dans les conventions de cette sorte, la cause de l'obligation de l'un des contractants, c'est l'obligation de l'autre : d'où il suit que lorsque l'un d'eux n'est point lié, l'autre ne saurait l'être, puisque son obligation n'a plus de cause. Cette interprétation est confirmée par cet art. 68, où le mot *contractantes* est ajouté aux mots *de toutes les parties*, comme pour dire *de toutes les parties contractant des obligations ;* or, dans le cas d'un prêt, par exemple, il n'y a qu'une seule partie d'obligée, celle qui a reçu les deniers, et qui l'est par le fait seul qu'elle les a reçus, *re tantùm,* quand même il n'y aurait point d'acte du tout, l'acte n'étant ici que pour la preuve seulement. Il suffit donc que cette partie l'ait signé.

Et si l'on objectait que l'acte n'étant pas écrit de la main de la partie obligée, et ne contenant pas non plus un *bon* ou *approuvé,* portant en toutes lettres la somme ou la quantité

(1) *Facit lex* 64, ff. *de contrah. empt.*

de la chose promise, l'art. 1326 s'opposerait à sa validité, nous répondrions que cet article, pas plus que l'art. 1325, n'est applicable aux actes dont il s'agit; car il s'appliquait aux actes nuls comme actes authentiques pour cause d'incompétence de l'officier qui a instrumenté hors de son ressort, ou pour incapacité ou vice de forme; il faudrait dire aussi, par voie de conséquence, que l'acte serait nul même comme écriture privée, quoiqu'il fût d'ailleurs revêtu de la signature de toutes les parties, puisque cette circonstance ne ferait pas que la disposition de cet art. 1326 eût été observée. Mais alors celle de l'art. 1318 deviendrait sans application pour les obligations unilatérales; ce qui ne peut pas être soutenu sérieusement.

74. Mais dans le second cas d'incompétence que nous avons prévu plus haut, par exemple si deux personnes s'obligeant réciproquement, ou bien même l'une d'elles seulement, par un acte passé devant un fonctionnaire de l'ordre administratif, tel qu'un préfet, un sous-préfet, un maire; ou bien devant un juge de paix ne procédant point en conciliation ou en vertu de prorogation de juridiction; ou par un acte qu'elles feraient recevoir par un huissier ou un commissaire de police, etc., etc., il est clair qu'un pareil acte ne serait point affranchi des conditions voulues par les articles 1325 et 1326 (selon qu'il contiendrait des obligations synallagmatiques ou unilatérales), quand bien même il serait signé de toutes les parties; car ce n'est pas l'incompétence de cette sorte que le législateur a eue en vue dans l'art. 68 de la loi sur le notariat, et dans l'art. 1318 du Code, qui en a reproduit la disposition : il a eu en vue l'incompétence résultant de ce qu'un notaire recevrait un acte hors de son ressort, contrairement à l'art. 6 de la même loi. Cette loi ne s'occupe en effet que des actes reçus par les notaires, dont l'art. 1er détermine les attributions; les autres fonctionnaires ne sont point des officiers publics, quant aux actes du ministère des notaires : ils n'ont aucun caractère relativement à ces actes; celui qu'ils ont rédigé, écrit, n'a point pour cela été *reçu* par eux dans le sens que la loi attache à ce mot, quoiqu'ils y eussent spécifié leur qualité : cet acte est absolument un acte privé, qui, à ce titre, était soumis aux règles qui régissent les actes sous signature privée, et qui par conséquent est nul si elles n'ont pas été observées.

75. Quant à l'incapacité de l'officier public, nous avons dit qu'elle peut exister dans deux cas : celui où l'officier a obtenu sa nomination par fraude et subreption, et celui où il était suspendu, interdit ou destitué au moment de l'acte.

Les actes reçus antérieurement à la notification de la suspension, interdiction ou destitution de l'officier public, quoique déjà prononcée, sont valables comme actes authentiques, ainsi que l'a jugé la cour de cassation, par arrêt du 25 novembre 1813 (1), à l'égard des significations faites par un huissier dont l'interdiction avait été prononcée, mais non encore notifiée à l'huissier au moment des actes. Et la raison est absolument la même pour les actes reçus par un notaire.

76. Mais quant aux actes reçus par un notaire, depuis la notification à lui faite de sa suspension, interdiction ou destitution, les articles 68 de la loi de ventôse an XI, et 1318 du Code civil, leur sont applicables quand bien même les parties qui ont traité devant lui auraient ignoré son incapacité; ce qui n'est pas impossible, surtout dans une grande ville, si la notification n'avait eu lieu que depuis bien peu de temps quand l'acte a été reçu, par exemple si elle avait eu lieu seulement la veille; mais il faut bien que la loi reçoive son exécution. D'ailleurs, au moyen de la publicité donnée à la décision portant la suspension ou la destitution de l'officier public, des dispositions pénales qui lui seraient applicables, et des dommages-intérêts dont il serait passible envers les parties, l'abus est peu à craindre.

77. On peut donner pour exemple de l'autre cas d'incapacité de l'officier public, celui d'un individu condamné à une peine qui lui ôtait l'exercice des fonctions publiques, et qui a néanmoins été nommé par surprise et manœu-

(1) Sirey, 1814, 1, 76.

vres employées pour tromper l'autorité, qui ignorait son état. On peut aussi supposer le cas d'un individu qui, ayant moins de vingt-cinq ans, âge requis par l'art. 35 de la loi du 25 ventôse an XI pour être nommé aux fonctions de notaire, a obtenu sa nomination en produisant un acte de naissance de l'un de ses frères, ou de ses parents de même nom, en trompant de la sorte l'autorité.

Dans ces deux cas il y a évidemment incapacité, si l'on considère la nomination; mais les actes reçus par ces individus en qualité de notaires seront-ils nuls comme actes authentiques? Non assurément; ils seront valables s'ils ne sont nuls pour autre cause, attendu que l'erreur publique et commune confirme, dans l'intérêt de la société, les actes faits en vertu de pouvoirs irréguliers que l'autorité a mal à propos conférés. Les citoyens ne sauraient devenir victimes de son erreur ou de sa faute; de là cette maxime si connue : *error communis facit jus*, maxime que les docteurs ont déduite de la célèbre loi *Barbarius Philippus*, 3, ff. *de officio prætorum*, où l'on voit qu'un esclave fugitif, de ce nom, qui se faisait passer pour homme libre, et que l'on croyait effectivement de condition libre, obtint à Rome la préture, et en exerça les fonctions. Le jurisconsulte Ulpien dit clairement que cet homme n'a jamais été véritablement préteur, de même que Valérius III a écrit que M. Perpenna, étranger de naissance, et qui néanmoins avait obtenu le consulat, n'était point consul, qu'il n'en avait que le nom : *calliginis simile imperium et adumbratum nomen.* Cependant tous les jugements rendus par ce faux préteur, tous les actes de sa juridiction, furent maintenus, par le motif tiré de la bonne foi des parties et de l'utilité générale : *propter eorum utilitatem qui apud eum egerunt : et vel otii et quietis causâ, ut M. Tullius ad Atticum scribit.* (Cujas, *Observ.*, lib. XVIII, cap. 33.)

Les lettres de nomination d'un fonctionnaire public ne peuvent être vérifiées par les parties, et d'ailleurs la subreption ne s'y montre point. Il n'est donc aucun moyen de s'assurer du choix fait par l'autorité. Le serment prêté par celui qui a obtenu sa nomination prouve au public qu'il a rempli toutes les formalités requises par la loi pour être élu; aussi ne voyons-nous pas que l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI ait attaché la nullité aux actes reçus par des officiers nommés au mépris de la disposition de l'art. 35, comme il l'a fait pour contravention à celle des art. 6 et 52, qui traitent de cas où le notaire était incompétent ou incapable pour d'autres causes. L'arrêt de la cour de cassation cité plus haut confirmerait cette doctrine, si elle pouvait être douteuse un seul instant.

C'est d'après ces principes que Grotius (*de Jure belli ac pacis*, lib. I, cap. 4, § 15) enseigne que les jugements rendus ou les actes reçus par des juges ou des officiers nommés par une autorité usurpatrice, dans des temps de troubles et d'anarchie, doivent être maintenus, encore que ces nominations ne soient pas confirmées dans la suite par l'autorité légitime rétablie.

78. Au surplus, quand bien même l'acte nul comme acte authentique le serait aussi comme acte sous seing privé, faute d'avoir été signé des parties, si l'obligation existe par elle-même, elle n'en devra pas moins être exécutée, si elle est prouvée par les autres moyens établis par la loi. Ainsi, dans le cas d'un prêt, comme c'est la numération des espèces qui fait naître l'obligation, si le prêteur justifie du prêt par d'autres voies que par l'acte, l'emprunteur devra être condamné à la restitution de la somme à lui comptée : le serment pourra lui être déféré, le créancier pourra aussi le faire interroger sur le fait du prêt, et l'aveu l'établira tout aussi parfaitement que le ferait un acte valable; et si la somme n'excède pas 150 fr., la preuve par témoins sera pareillement admissible. Il faut en dire autant des cas où le débiteur s'était obligé à raison d'une cause déjà existante, par exemple pour avoir touché pour le créancier certaine somme dans la gestion de ses affaires : le créancier en prouvant la dette de l'une de ces manières, en cas de contestation, en obtiendra pareillement le payement.

79. Il n'y a aucune difficulté sur ces cas; il ne saurait y en avoir que dans ceux où l'obligation naît du consentement, comme dans les ventes, les baux, les échanges, et que l'acte,

nul même comme acte sous signature privée, n'a été ni exécuté ni autrement confirmé.

En principe, les seules conditions requises pour la validité des conventions sont le consentement des parties, la capacité de celle qui s'oblige, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, et une cause licite de l'obligation (art. 1108) ; et le consentement peut être donné aussi bien verbalement que par écrit : les actes, en général, ne sont exigés que pour la preuve de l'obligation ; ce n'est même que sous ce rapport qu'on les considère au chapitre VI de ce titre du Code, intitulé *de la preuve des obligations et de celle du payement.* Si dans quelques cas, comme ceux de donation entre-vifs, les conventions d'hypothèque, les contrats de mariage, la loi exige des actes authentiques pour la validité de la convention elle-même, ce sont là des cas d'exception ; mais, en principe, les actes ne sont point requis pour la formation du contrat, pour la perfection du consentement ; ils ne le sont que pour la preuve, et c'est sous ce point de vue qu'ils sont prescrits par l'article 1341 lui-même, quand il dit qu'il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou la valeur de 150 francs ; car c'est pour établir que la preuve testimoniale ne sera pas admise, en principe, au delà de cette somme.

D'un autre côté, il est certain aussi que lorsque les parties ont entendu ne traiter que par écrit, *in scriptis,* et suspendre ainsi leur consentement jusqu'à la rédaction complète et parfaite d'un acte, il n'y a point de contrat tant que cet acte n'est point rédigé et signé : jusque-là il n'y a qu'un projet, dont chacune d'elles peut se départir. C'est ce qui est décidé formellement pour les ventes, louages, sociétés et transactions, par la constitution de Justinien, ou loi 17, au Code, *de fide instrumentorum,* reproduite dans ses Institutes, au titre *de emptione et venditione,* et dont nous avons parlé au tome X, n°s 84 et suivants : où nous distinguons, d'après les circonstances de la cause, le cas où les parties sont censées n'avoir voulu traiter que par écrit, *in scriptis,* et celui où elles n'ont voulu un acte que pour la preuve seulement de leur convention. Or, lorsque l'acte qu'elles ont fait est nul, comme dans l'espèce, c'est comme s'il n'existait pas.

Cependant la difficulté n'est point encore résolue ; car, de ce que les parties ont fait un acte, s'ensuit-il qu'elles n'aient voulu traiter que par écrit ? Non certainement : nous l'avons démontré à l'endroit précité, d'après les autorités les plus graves ; par conséquent, si elles n'ont point entendu traiter seulement par l'acte qu'elles ont fait, cet acte qui n'a eu lieu uniquement que pour la preuve de leur convention, ne saurait, parce qu'il est nul, annuler la convention elle-même : cela serait absurde. Tout ce qu'on peut inférer de sa nullité, c'est qu'il doit être écarté de la cause, comme ne prouvant pas l'engagement ; mais si la preuve peut en être administrée d'une autre manière, soit par l'aveu du défendeur, soit par son refus de prêter le serment décisoire, cette convention doit recevoir son exécution.

En sorte que tout se réduit en définitive à ceci : les parties ont-elles voulu ne traiter que par écrit, *in scriptis,* entendant suspendre leur consentement jusqu'à la rédaction d'un acte parfait ; ou bien n'ont-elles passé cet acte que pour la preuve seulement de leur convention, étant d'ailleurs parfaitement d'accord sur toutes les clauses du contrat, se regardant comme liées l'une et l'autre ? Dans le premier cas, la convention, comme incomplète, comme imparfaite, est sans effet ; dans le second, l'acte seulement est nul, et la convention est valable ; et si elle est avouée par le défendeur, ou si celui-ci refuse de prêter le serment, il doit être condamné à l'exécuter. Mais son serment, comme son aveu, doit être pris en son entier, sans le diviser.

Supposez en effet, que les parties aient fait d'abord un acte sous signature privée, comme cela a lieu souvent, et qu'en passant ensuite un acte authentique, elles aient détruit l'acte sous seing privé, qu'elles regardaient alors comme inutile, et que cet acte authentique soit nul même comme écriture sous signature privée, parce qu'il n'a pas été signé de toutes les parties : leur convention elle-même doit-elle être nulle aussi quoiqu'elle fût avouée ? Mais a-t-on entendu l'annuler en passant l'acte authentique ? Bien loin de là ; et ce qui devait assurer plus pleine-

ment les effets du contrat, doit-il tourner à sa destruction? Nous ne saurions le penser.

Nous aurions encore à discuter cette importante question à l'égard des actes sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques, et qui ne réuniraient pas les conditions prescrites par l'art. 1325.

Art. IV.

De l'effet authentique, de la plainte en faux, et de l'inscription de faux.

80. La loi ayant institué des officiers pour recevoir des actes et leur imprimer le caractère de l'authenticité, il resulte de là que l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme, entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. (Art. 1319.)

81. Il fait également foi à l'égard des tiers, non pas à l'effet de les obliger, car les conventions n'obligent que les parties contractantes et leurs héritiers (art. 1165), mais en ce sens qu'il prouve l'existence même de la convention, *rem ipsam*, comme disent les auteurs (1), il sert de base à la prescription de dix et vingt ans, s'il n'est point nul par vice de forme, et si d'ailleurs l'acquéreur est de bonne foi : il est la preuve du juste titre, *seu justa causa possidendi*, requis pour pouvoir acquérir la propriété par le moyen de cette prescription. (Art. 2265 et suiv.)

De là, si j'ai acheté de Paul, de bonne foi, un immeuble appartenant à Philippe, et que par moi ou par Paul j'aie possédé cet immeuble le temps suffisant pour cette prescription au moment où Philippe vient former contre moi sa demande en revendication, je lui opposerai mon titre d'achat, qui est prouvé par l'acte que j'ai passé avec Paul; et en justifiant de la possession pendant le temps voulu par la loi pour la prescription fondée sur un titre, j'écarterai sa demande, sauf à lui son secours, s'il y a lieu, contre celui qui a disposé de sa chose sans son aveu. Comme c'est de la loi que je tire le bénéfice de la prescription, l'acte dont il s'agit est seulement la preuve de l'une des conditions exigées par elle pour que cette prescription s'opère : s'il a effet contre Philippe, ce n'est qu'indirectement, et non pour lui imposer aucune obligation personnelle quelconque.

82. Dans les anciens principes, l'acte authentique faisait pleine foi de ce qu'il contenait, entre les parties et leurs héritiers, nonobstant la plainte en faux et la mise en jugement de l'accusé de faux. Cette jurisprudence, dont le principe était puisé dans la loi 2, au Code, *ad legem Corneliam de falsis*, était fondée sur ce que le crime ne se présume pas, et sur le danger de laisser au pouvoir des débiteurs de mauvaise fois d'arrêter pendant longtemps le payement des dettes les plus légitimes par des accusations de faux. Aussi Dumoulin (2) décidait-il qu'un port-de-foi produit par le vassal, quoique argué de faux par le seigneur, procurait la mainlevée, par provision, de la saisie féodale.

83. Mais le Code n'a pas adopté des principes aussi absolus : il a concilié la foi due aux actes authentiques avec cette maxime de sagesse, qu'il vaut mieux prévenir le mal que d'être ensuite obligé de le réparer, ce qui n'est pas toujours possible : « Néanmoins, ajoute l'art. 1319, » en cas de plainte en faux principal, l'exécu- « cution de l'acte argué de faux sera suspendue « par la mise en accusation; et en cas d'in- « scription de faux faite incidemment, les tri- « bunaux pourront, suivant les circonstances, « suspendre provisoirement l'exécution de « l'acte. »

Ainsi, la seule plainte en faux ne sufit point pour ôter à l'acte authentique la foi qui lui est due; c'eût été mettre dans la main des débiteurs de mauvaise foi un moyen trop facile de se dispenser pendant un temps plus ou moins long

(1) * Lorsque dans un contrat de mariage il est énoncé que la femme a compté à son mari, en présence du notaire rédacteur, une certaine somme à titre de dot, l'acte fait pleine foi de cet apport contre les tiers jusqu'à inscription de faux. (Brux., 26 juillet 1817; Jur. de B., 1817, 2, 114; Toullier, 8, nos 148, 149; Dalloz, 21. 113, n 9.)

L'inscription de faux doit être employée pour prouver que l'énonciation, dans un acte de vente, que le prix d'achat a été payé en présence du notaire est fausse. (Brux., 18 avril 1831; J. de B., 1831, 1, 300; J. du 19e s., 1831, 3, 109; Dalloz, 16, 3.)

(2) *In Consuetud. Paris.*, § 1, glos. 4, no 41.

de remplir leurs engagements; cela eût fait naître une multitude de plaintes en faux sans aucun fondement, et eût ébranlé la confiance due aux actes reçus par les officiers publics : la présomption est toujours en faveur de la vérité de l'acte fait dans la forme authentique, nonobstant la plainte en faux, L'exécution de l'acte ne serait point suspendue par la seule plainte en faux, quand bien même la partie qui l'a formée offrirait caution. Mais cette présomption elle-même, quelque grave qu'elle soit, cède à une présomption plus grave encore, celle qui résulte de la mise en accusation de l'inculpé de faux, qui le renvoie devant la cour d'assises pour y être jugé sur le faux à lui imputé : alors il ne pourrait lui-même obtenir l'exécution de l'acte en offrant caution; la loi en prononce provisoirement la suspension (1).

84. L'exécution de l'acte authentique n'est point non plus suspendue par la plainte de dol ou de fraude, quelle que soit la gravité de la présomption, et même des preuves invoquées ou offertes (2).

Il en est de même, et par les mêmes motifs, des cas où l'acte est attaqué pour cause de violence ou autres vices intrinsèques.

85. D'un autre côté, ce n'est pas par la voie de l'inscription de faux, même incident, mais par la voie de nullité ou de rescision, qu'une partie est obligée d'attaquer l'acte infecté de ces vices, si elle croit devoir l'attaquer; car alors ce n'est pas comme faux qu'elle l'attaque, c'est comme renfermant une convention nulle; ce n'est même pas l'acte qu'elle combat, c'est l'obligation qu'il renferme (3).

86. La plainte en faux est une dénonciation faite à la justice par une personne qui prétend qu'un acte a été fabriqué ou falsifié à son préjudice, pour en obtenir la suppression, ou celle des falsifications.

Le faux en écriture authentique se commet, soit par la fabrication d'un acte renfermant des conventions qui n'ont pas eu lieu, soit dans un acte convenu, lorsque l'officier public y insère autre chose que ce qui a été déclaré par les parties, ou altère leurs déclarations, soit enfin lorsque l'une d'elles y a pris de faux noms ou de fausses qualités.

L'altération matérielle ou la falsification d'un acte a lieu après coup, lorsque l'acte a été fait valablement et régulièrement dès le principe, et que l'on y a fait ensuite des changements non autorisés.

Voyez à cet égard les articles 145 et suivants du Code pénal.

87. Mais comme les actes publics ne sont pas exécutés sur la minute, qui reste entre les mains du notaire, qu'ils ne le sont que sur les grosses ou premières expéditions, c'est-à-dire sur les copies revêtues de l'intitulé des lois et terminées par le mandement d'exécution adressé aux officiers de justice, celui qui est poursuivi peut, en vertu de l'art. 1334, exiger la représentation du titre original, par lequel il s'est obligé. Et si c'est ce titre lui-même qui est faux ou falsifié, l'inscription de faux portera sur lui principalement; si c'est au contraire dans la grosse ou première expédition que la falsification a été commise, l'inscription portera uniquement sur cette expédition.

Mais comme c'est un acte authentique, elle fait foi jusqu'à inscription de faux principal suivie de la mise en accusation, sauf, en cas d'inscription de faux incident, au tribunal à

(1) * Les tribunaux peuvent, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution d'un testament authentique, et ordonner le séquestre de la succession litigieuse. (Brux., 16 mai 1833; J. de B., 1823, 2, 53; et *V.* 1re part., 156, et 1829, 1re part., 309.) Si, par exemple, l'acte est argué de simulation prohibée. (Bordeaux, 22 janvier 1828; J. du 19e s., 1828, 12, 114.)

Il ne résulte pas des art. 1319 et 1320, C. civ., que des tiers étrangers à l'acte ne puissent l'attaquer et en faire suspendre l'exécution par d'autres moyens que par l'inscription de faux. (Gand, 21 décembre 1838; J. de B., 1839, 120. *V.* cependant Brux., 31 décembre 1828; J. du 19e s., 1829; 3, 70.)

Les héritiers qui attaquent les actes faits par leur auteur, comme simulés et faits en fraude de leurs droits, sont, à l'égard de ces actes, de véritables tiers. On ne peut donc invoquer contre eux les dispositions des articles 1319 et 1320, C. civ. (Gand, *ibid.*)

(2) *V.* l'arrêt de cassation du 23 brum. an XIII. (Sirey, 5, 2, 58; * Liége, 16 mars 1826; Rec. de Liége, 10, 552.)

(3) *V.* aussi l'arrêt de la cour de cassation, du 10 juin 1816. (Sirey, 1817, 1, 447.)

suspendre provisoirement l'exécution de l'acte; car, de ce que la représentation du titre original peut toujours être exigée tant qu'il subsiste, il ne faut pas croire qu'il n'y aurait pas de faux qualifié et punissable d'après les lois criminelles, dans une grosse ou expédition faussement et méchamment tirée d'un titre original véritable. D'abord, cette grosse, en cas de perte de l'original, ferait foi (art. 1335-1°) ; elle peut donc dès lors préjudicier grandement à l'une des parties, même à des tiers, dans certains cas. En second lieu, dans l'hypothèse même où le titre original ne serait point perdu, le débiteur doit naturellement croire que la grosse lui est conforme ; il ne doit pas soupçonner le crime dans un officier public, et en conséquence s'il exécute sur le vu de la grosse falsifiée, il éprouve un préjudice. Cette grosse étant la base de l'action de l'autre partie, puisque c'est sur elle que se font les poursuites judiciaires, il est vrai de dire que si elle est falsifiée, il y a crime de faux avec toutes ses conséquences.

88. Il en serait autrement si l'altération ne portait ni sur la minute, ni sur l'expédition, mais simplement sur une *copie* de l'expédition, encore que cette expédition fût la première ou la grosse : notamment l'altération commise dans la copie d'un titre cédé, mise en tête de la notification de la cession au débiteur, avec commandement de payer fait par le cessionnaire, ne constitue pas le crime de faux dans le sens des lois pénales. La cour d'assises de l'Isère avait jugé le contraire, en condamnant, par application de l'art. 148 du Code pénal, aux travaux forcés à temps, un individu déclaré coupable de ce fait ; mais sa décision a été cassée par arrêt du 2 septembre 1813 (1), sur les motifs suivants : « La cour, vu l'article 410 du Code d'instruction criminelle, » duquel il résulte que la cour doit annuler » les arrêts qui ont faussement appliqué la loi » pénale ;

» Vu aussi les art. 147 et 148 du Code » pénal de 1810, et les art. 41 et 45 du Code » pénal de 1791, qui déterminent le caractère » et la peine du faux ;

(1) Sirey. 13, 1, 427.

» Attendu que le faux prévu par l'art. 147 » du Code pénal suppose l'altération *d'un acte* » *qui pourrait être la base d'une action ou d'un* » *droit;* que le crime d'usage d'une pièce » fausse suppose les mêmes éléments d'action » ou de droit dans la pièce dont il a été fait » usage ;

» Et attendu que dans l'espèce, l'altération a » eu lieu, non *dans une minute, ni dans une* » *expédition d'acte public, mais dans la copie* » *d'un acte écrit en tête d'un exploit du ministère* » *d'huissier, portant notification et commandement;* que cette copie ne pouvait être le » principe de l'exercice d'aucun droit; que » l'action qui résultait de l'acte auquel elle se » référait ne pouvait être exercée que *d'après* » *la minute ou l'expédition de cet acte* (article 1334 du Code civil) ; que l'usage de la » pièce altérée sur lequel il a été délibéré par » le jury ne pouvait donc constituer le fait » prévu par l'art. 151 du Code pénal, ni donner lieu à appliquer une disposition pénale : » par ces motifs, la cour casse, etc. »

89. Comme on l'a dit plus haut, il y a deux sortes d'inscriptions de faux, ou deux manières d'attaquer un acte pour cause de faux ou de falsification : la plainte en faux, qui se porte devant les tribunaux criminels, et qu'on appelle ordinairement inscription en faux principal; et l'inscription de faux incident, ou faux civil.

Dans le premier cas, c'est l'auteur du faux et ses complices qui sont poursuivis, ce qui suppose qu'ils sont vivants, et que la poursuite criminelle n'est pas encore éteinte par la prescription. (Article 239, Code de procédure.)

Dans le second cas, c'est l'acte lui-même qui est attaqué, c'est à lui que le procès est fait, lorsqu'il a été signifié, communiqué ou produit dans une instance (art. 214, *ibid.*) ; sauf aux tribunaux, s'il y a des indices de faux, que les auteurs ou complices de faux soient vivants, et que la poursuite criminelle ne soit pas éteinte par la prescription, à se conformer aux dispositions de l'art. 239 précité.

90. La plainte en faux principal peut avoir

lieu même avant que l'auteur du faux ait fait usage de l'acte. Par exemple, si j'apprends que, de concert avec un notaire, il a été fait par son ministère un acte par lequel je suis déclaré devoir à Paul telle somme, pour prêt ou autre cause, ou lui avoir vendu tel immeuble, je puis porter de suite ma plainte en faux; et j'ai intérêt à le faire au plus tôt, parce que les preuves du faux pourraient venir à s'affaiblir avec le temps, et que si je venais à mourir, mes héritiers pourraient exécuter l'acte dans l'ignorance qu'il est faux, ou avoir moins de moyens et de preuves que moi pour établir le faux.

Que si Paul, après avoir levé la grosse de l'acte, fait saisir mes biens pour être payé du prétendu prêt, ou forme demande contre moi en justice pour obtenir la délivrance de l'immeuble, je puis également porter plainte en faux, afin que par sa mise en accusation, si elle est prononcée, l'exécution de l'acte soit suspendue provisoirement, et que l'acte lui-même soit ensuite anéanti sur mes conclusions civiles, si l'accusé est déclaré coupable.

Mais il faut remarquer que dans le cas du prétendu prêt et de la saisie de mes biens, je ne puis, pour faire suspendre l'exécution de l'acte, me borner à former une simple inscription de faux incident, puisque l'acte n'a été ni signifié, ni communiqué, ni produit *dans le cours d'une procédure*, ce qui est nécessaire, d'après l'art. 214 du Code procédure, pour qu'il puisse y avoir lieu à une inscription de faux incident civil; car il ne peut y avoir de demande *incidente* que là où il y a une demande principale de formée, et le faux incident est une demande incidente. Or, la saisie a été faite en vertu d'un titre en forme exécutoire, parce que l'acte et l'obligation qu'il renfermait en apparence, réunissaient les conditions requises par l'art. 551 du même Code pour les saisies mobilières ou immobilières.

Au lieu que dans le cas de la prétendue vente et de la demande en délivrance de l'immeuble, j'aurais pu me borner à former une inscription de faux incident civil, quoique l'acte ait été produit par Paul lui-même : seulement le tribunal saisi de la demande en délivrance aurait eu le pouvoir de suspendre ou non provisoirement l'exécution de l'acte, conformément à l'art. 1319 du Code civil, et sauf aussi, s'il y avait eu lieu, l'application de l'art. 239 du Code de procédure. Cet article suppose, en effet, qu'une inscription de faux incident civil a été formée et reçue, et que le crime n'est point éteint par la mort de l'auteur du faux et de ses complices, ni par la prescription de la poursuite criminelle.

Enfin, après avoir formé une inscription de faux incident civil, la partie peut encore porter plainte en faux devant les tribunaux criminels. L'art. 250 du même Code porte que le demandeur en faux *pourra toujours* se pourvoir par la voie criminelle, en faux principal, et que dans ce cas il sera sursis au jugement de la cause, à moins que les juges n'estiment que le procès puisse être jugé indépendamment de la pièce arguée de faux.

La plainte en faux pourrait même être formée quoiqu'il fût intervenu jugement passé en force de chose jugée qui aurait rejeté l'inscription de faux incident. Le jugement au civil ne lie point le criminel, si ce n'est en certains cas, comme ceux où il est essentiellement préjudiciel : par exemple lorsque j'accuse un individu d'avoir volé ou coupé du bois sur mon fonds, qu'il prétend pour sa défense que ce fonds lui appartient, et que les tribunaux civils, devant lesquels la question de propriété a été renvoyée, l'ont résolue en sa faveur; ce qui est par conséquent destructif de l'accusation de vol. Mais le cas d'inscription de faux incident civil est bien différent : les moyens de découvrir le faux sont bien plus efficaces au criminel qu'au civil; on n'a jugé que la pièce au civil, et au criminel on jugera celui à qui elle est attribuée. Le demandeur en faux peut *toujours* se pourvoir par la voie criminelle, dit l'art. 250 précité.

Et lorsque, en conformité de cet article, le demandeur en faux incident civil a porté plainte en faux principal au criminel, et que les juges usent de la faculté qui leur est accordée de juger le procès indépendamment de la pièce arguée de faux, ils ne peuvent le faire qu'après avoir statué sur la pertinence des moyens de faux, mais sans pouvoir eux-mêmes procéder à la preuve de ces moyens, à la différence du cas

où l'inscription reste dans les bornes du simple faux incident (1)

91. Au surplus, cet art. 250 se coordonne avec l'art. 239, qui, ainsi que nous l'avons déjà dit, exige, pour qu'il y ait lieu à une poursuite criminelle, que les auteurs du faux ou les complices soient encore vivants, et que l'action publique ne soit pas éteinte par la prescription, d'après les dispositions des lois criminelles.

Dans le cas de mort du coupable, l'action civile ayant lieu contre ses héritiers, aux termes de l'art. 2 du Code d'instruction criminelle, il est clair que l'on peut poursuivre contre eux l'anéantissement de l'acte, soit par la voie de l'inscription de faux incident civil, s'ils le produisaient dans une instance, soit par action principale, dans le cas contraire.

Et s'ils en connaissaient la fausseté lorsqu'ils en feraient usage, ils seraient par cela même assimilés aux coupables de faux, et punissables comme tels. (Art. 148 et 151, Code pén.)

92. Le cas de prescription présente plus de difficulté : aussi quelques explications sont-elles nécessaires.

D'après le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an IV, sous l'empire duquel a été promulgué le Code de procédure, il y avait prescription pour les actions auxquelles donnaient lieu les crimes (par conséquent pour les cas de faux), lorsque dans les trois ans à compter du jour où *l'existence du droit avait été reconnue et légalement constatée* (2), il n'avait été fait aucune poursuite. (Art. 9.) Après ce temps, il ne pouvait être intenté aucune action ni publique ni civile. (*Ibid.*). Et quand des poursuites avaient été commencées dans les trois ans, et qu'elles n'avaient pas été suivies d'un jugement de condamnation rendu dans les six ans du jour où l'existence du délit avait été reconnue et légalement constatée, l'action publique et l'action civile étaient également éteintes par la prescription. (Art. 10.) Après ce temps, nul ne pouvait être recherché, soit au criminel, soit au civil, si dans l'intervalle il n'avait pas été condamné par un jugement par défaut ou par contumace. (*Ibid.*).

Le Code d'instruction criminelle actuel a changé ces règles. Suivant l'article 637 de ce Code, l'action publique et l'action civile pour un crime de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante (par conséquent pour le crime de faux), sont prescrites après dix années à compter du jour où le crime a été commis, si dans l'intervalle il n'a été fait aucun acte de poursuite ou d'instruction; s'il en a été fait, après le même temps à compter du dernier acte, même à l'égard des personnes qui n'ont point été impliquées dans cet acte de poursuite ou d'instruction.

Il va sans difficulté que l'action criminelle et l'action civile soient prescrites après dix ans depuis le jour où le faux a été commis, s'il n'a pas été fait et s'il n'est pas fait dans la suite usage de l'acte faux, et s'il n'y a eu d'ailleurs aucun acte de poursuite ou d'instruction.

Mais s'il a été fait usage de l'acte faux, le temps de la prescription n'a pas couru, à l'égard de l'auteur du faux, ou de tout autre qui a fait usage de l'acte sachant qu'il était faux, du jour où il a été fabriqué ou altéré; ce temps a couru du jour seulement où il a été fait usage de l'acte; car, faire usage d'un acte faux sachant qu'il est faux, c'est une action que les lois assimilent au fait de faux, et qu'elles punissent comme un faux. (Art. 148 et 151, Code pénal.)

Si, à l'égard d'un individu qui n'a point participé à la fabrication ou à l'altération de l'acte faux, mais qui en a néanmoins fait ensuite

(1) *V.* aux *Quest.* [illegible] *droit* de M. Merlin, vo *Inscription de faux*, plusieu[rs] arrêts de la cour de cassation qui ont jugé en ce sens.

(2) Mais il est bien évident que, quoique en général, un *crime de faux* ne puisse *être reconnu et légalement constaté* que par une instruction approfondie, suivie d'un jugement, on n'exigeait néanmoins pas, pour point de départ à la prescription de l'action publique, que cette action elle-même fût intentée et épuisée; autrement c'eût été rendre la prescription de l'action publique impossible en cette matière, tandis que l'art. 239 du Code de procédure l'a formellement reconnue, et que le Code de brumaire lui-même n'avait pas entendu faire d'exception pour ce genre de crime. *La reconnaissance et la constatation légale du délit* pouvaient donc résulter comme dans les autres cas, des plaintes portées par les parties lésées, et des actes judiciaires auxquels ces plaintes avaient donné lieu, ainsi que des procès-verbaux et actes des officiers chargés de la police judiciaire : on constatait ainsi le *fait dénoncé*.

usage connaissant le faux, le temps de la prescription ne commence évidemment à courir que du jour où il s'est rendu coupable; par une raison au moins égale, ce temps ne peut commencer à courir, à l'égard de l'auteur du faux qui a fait usage de l'acte faux, qu'à compter du jour où il a fait cet usage, fût-ce même après les dix ans depuis l'acte, puisque, indépendamment du crime d'avoir fabriqué un acte faux, il a commis un autre crime en faisant usage de l'acte; il y a eu succession de faits criminels. S'il n'en était ainsi, un faussaire, pour s'assurer l'impunité de son crime, ne ferait usage de l'acte qu'il serait allé fabriquer au loin, en corrompant un officier public, qu'après dix ans depuis la fabrication du faux; jusque-là il tiendrait l'acte secret pour parvenir plus sûrement à ses fins criminelles.

Il faut même tenir pour certain que si les héritiers du faussaire faisaient usage de l'acte sachant qu'il est faux, quoique ce fût après les dix ans depuis sa fabrication, ils seraient passibles aussi de l'action criminelle et de l'action civile tout comme leur auteur; autrement un faussaire procurerait à ses héritiers le moyen facile de s'assurer l'impunité dans leur tentative de dépouiller autrui; ils n'auraient aussi qu'à tenir l'acte secret jusqu'à ce que les dix ans, depuis que le faux a été fabriqué, se fussent écoulés.

Ce danger n'eût pu que bien difficilement se présenter sous le Code des délits et des peines, puisque la prescription de l'action publique et de l'action civile en réparation du dommage causé par le délit, ne commençait à courir, pour le cas de faux comme pour les autres crimes, *qu'à compter du jour où l'existence du délit avait été reconnue et légalement constatée ;* mais dans l'état actuel de la législation, il existerait dans toute sa force, si, dans le cas où il serait fait usage de l'acte faux par le faussaire, ou par ses héritiers qui connaîtraient le faux, le temps de la prescription commençait à courir à leur profit du jour où l'acte a été fabriqué ou falsifié; car il n'y aurait pas d'acte de poursuite ou d'instruction à raison d'un acte dont ils laisseraient ignorer l'existence tant que les dix ans depuis sa date ne seraient pas écoulés; et c'est ce que la raison ne permet pas d'admettre.

Il faut dire, au contraire, que la prescription, tant de l'action criminelle que de l'action civile résultant du délit, ne commencera son cours pour le faussaire, ou pour tout autre qui aura fait usage de l'acte sachant qu'il était faux, qu'à compter du jour où ils en auront fait usage, quoique ce fût après les dix ans depuis la fabrication ou la falsification de l'acte, non suivis de poursuite ou d'acte d'instruction, attendu que c'est là un nouveau crime.

Et dans le cas même où il y aurait plus de dix ans que le faussaire ou son héritier aurait fait usage de l'acte, si la partie lésée n'en a pas eu connaissance, par exemple parce que c'était une fausse obligation dont le faussaire ou son héritier a fait cession à un tiers, qui ignorait le faux, cette partie pourrait encore demander la nullité de l'acte et son anéantissement, soit par la voie de l'inscription du faux incident civil, s'il était produit contre elle dans une procédure, soit par action principale, dans le cas contraire; attendu qu'il y a évidemment dol dans le cas de faux, et que lorsqu'un acte est attaqué pour cause de dol, le délai pour agir en nullité ne commence à courir, d'après l'article 1304 du Code civil, qu'à compter du jour où le dol a été découvert. Or, le faussaire n'a pas pu transmettre des droits qu'il n'avait pas; on ne peut pas non plus reprocher à la partie de n'avoir pas attaqué plus tôt un acte qu'elle ne connaissait point, ainsi que nous le supposons en fait.

Mais, dira-t-on, l'art. 239 du Code de procédure suppose bien qu'il a été fait usage de l'acte faux, puisqu'une inscription de faux incident civil a été formée et reçue, et cependant il suppose aussi que l'action publique et l'action civile sont éteintes par la prescription opérée d'après les lois criminelles, car ce n'est que par hypothèse qu'il prévoit le cas contraire; donc il n'est pas vrai de dire que la prescription ne court que du jour seulement où il a été fait usage de l'acte argué de faux, puisqu'il n'y aurait alors point de prescription possible, tandis que l'article suppose qu'elle peut être accomplie.

A cela nous répondrons que cet article ne suppose pas nécessairement que c'est l'auteur de l'acte argué de faux, ou tout autre connaissant le faux, qui l'a produit, signifié ou commu-

niqué dans le cours de la procédure; c'est peut-être un tiers, tel qu'un cessionnaire ou un acheteur, qui ignorait complétement le faux, et, dans cette hypothèse, il est possible que le crime soit effectivement éteint, soit par la mort de l'auteur du faux et de ses complices, soit par la prescription de la poursuite criminelle, comme dit ce même article. L'action criminelle serait en effet éteinte par la prescription, s'il s'était écoulé dix années, sans poursuites, depuis que l'auteur de l'acte argué de faux en aurait fait usage. Il est possible aussi que le crime ne soit éteint ni par l'une ni par l'autre de ces causes, soit que l'acte ait été produit par un tiers, étranger au faux et qui n'en avait pas connaissance, soit par l'auteur de l'acte lui-même ou son héritier, ou tout autre qui connaissait le faux : auquel cas le président du tribunal saisi de l'inscription de faux incident, décerne mandat d'amener contre ceux des auteurs ou des complices du faux qui sont encore vivants, et remplit à cet égard les fonctions d'officier de police judiciaire.

Mais si dix années s'étaient écoulées sans poursuite depuis que l'auteur de l'acte en aurait fait usage, à la connaissance de l'autre partie, cet acte serait devenu désormais inattaquable sous le rapport de son authenticité; elle ne pourrait plus être contestée, même par la voie de l'inscription de faux incident civil; il y aurait présomption *juris et de jure* qu'il est vrai, quoique en fait il soit peut-être faux : la partie contre laquelle l'exécution en serait poursuivie aurait à s'imputer son silence; elle aurait ainsi reconnu l'acte comme vrai.

93. Quant à l'inscription de faux incident civil, l'art. 214 du Code de procédure porte : « Celui qui prétend qu'une pièce signifiée, » communiquée ou produite dans le cours de » la procédure, est fausse ou falsifiée, peut, » *s'il y échet*, être reçu à s'inscrire en faux, » encore que ladite pièce ait été vérifiée, soit » avec le demandeur, soit avec le défendeur en » faux, à d'autres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou incident, et qu'en » conséquence il soit intervenu un jugement » sur le fondement de ladite pièce comme véritable. »

Cette dernière partie de l'article ne peut s'entendre que d'un acte privé, le seul qui soit soumis à une vérification d'écriture proprement dite, lorsqu'il est désavoué par la partie à laquelle on l'oppose. Nous reviendrons sur ce point au paragraphe suivant.

94. Mais ces mots, *s'il y échet*, s'appliquent aux cas d'actes authentiques comme aux cas d'actes sous signature privée, et ils font clairement entendre que la loi laisse aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire d'admettre ou de rejeter la demande à fins d'inscription de faux, suivant les circonstances. Si en effet l'inscription était évidemment dictée par un esprit de chicane et de malice, dans la vue de faire traîner le procès en longueur, ou pour jeter des soupçons défavorables sur l'autre partie, et surtout si elle portait sur une pièce qui ne serait pas très-essentielle, ils pourraient déclarer l'inscription non recevable. Leur décision à cet égard pourrait bien être réformée en appel comme un *mal jugé*, mais elle ferait difficilement l'objet de la censure de la cour suprême (1).

95. Celui qui veut s'inscrire en faux incident civil est tenu préalablement de sommer l'autre partie, par acte d'avoué à avoué, de déclarer si elle veut ou non se servir de la pièce, avec déclaration que dans le cas où elle s'en servirait, il s'inscrirait en faux. (Art. 216, C. proc.) L'inscription ne serait point recevable sans cette sommation, qui a pour objet d'avertir la partie des conséquences auxquelles elle s'expose, si elle veut persister à se servir de la pièce, et plus encore d'engager un héritier à voir s'il n'exposera pas la mémoire de son auteur à quelque flétrissure.

Les articles suivants règlent la procédure sur l'inscription de faux incident. Nous n'en analy-

(1) *V.* au tome III, no 124, où nous citons un arrêt de cette cour, du 6 avril 1820, qui a effectivement jugé que l'art. 214 du Code de procédure n'a rien d'impératif quant à l'admission d'une inscription de faux incident civil; qu'au contraire les juges ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire.

serons pas les dispositions, parce que ce serait sortir de notre sujet.

96. L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve (1). (Art. 1320.)

Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'une clause soit approuvée expressément pour qu'elle ait effet; il suffit que les termes aient un rapport direct avec l'une des dispositions de l'acte.

L'on peut regarder comme simple énonciation ce qui pourrait être retranché sans que le dispositif de l'acte, c'est-à-dire l'opération que les parties ont eue principalement en vue, fût altérée par ce retranchement; lorsque cette énonciation se rapporte évidemment au dispositif, elle est directe : pour l'apprécier, il faut surtout considérer l'intérêt qu'avait l'une des parties à ne pas la laisser insérer dans l'acte : si cet intérêt est sensible, l'énonciation sera généralement directe.

Pothier donne l'exemple suivant d'une énonciation directe à la disposition, qui nous paraît bien choisi et qui confirme parfaitement cette distinction : « Si quelqu'un, dit-il, en passant » reconnaissance d'une rente en ces termes, » *reconnaît qu'une telle maison par lui possé-* » *dée est chargée envers Robert, présent, de tant* » *de rentes, par chacun an, dont les arrérages* » *ont été payés jusqu'à ce jour, et en consé-* » *quence s'oblige de la lui continuer;* ces ter- » mes, *dont les arrérages ont été payés jusqu'à* » *ce jour,* quoiqu'ils ne soient qu'énonciatifs, » parce qu'il n'est pas exprimé que Robert » reconnaît avoir reçu lesdits arrérages, font » néanmoins foi du payement contre Robert, » partie à l'acte, parce qu'ils ont un trait au » dispositif de l'acte, et qu'il devait être ques- » tion dans l'acte de ce qui était effectivement » dû des arrérages de cette rente. »

Robert, en effet, n'aurait pas laissé insérer cette mention, s'il n'avait pas été payé des arrérages dont il s'agit.

97. A l'égard des énonciations qui se trouvent dans l'acte, dit le même auteur, lorsqu'elles sont absolument étrangères à son dispositif, elles peuvent bien faire quelque demi-preuve, mais elles ne font point une preuve entière, même contre les personnes qui ont été parties à l'acte (2).

Par exemple si, dans le contrat de la vente d'un fonds qui m'a été faite par Paul, il est énoncé que ce fonds lui est venu de la succession de Philippe, un tiers qui, comme héritier en partie de Philippe, formerait contre moi demande en revendication de sa part dans ce fonds, ne pourrait pas, pour justifier de son droit de propriété, prouver par cette seule énonciation que le fonds est réellement provenu à Paul de la succession de Philippe, quoique je sois partie à l'acte dans lequel elle se trouve; car elle est absolument étrangère à la disposition de l'acte, qui est la vente du fonds à mon profit. Je n'avais en effet pour lors aucun intérêt à m'opposer à son insertion, puisqu'il devait m'être indifférent que Paul possédât le fonds à titre d'héritier de Philippe, ou à tout autre titre, la garantie m'étant due en cas d'éviction (article 1626), et devant d'ailleurs naturellement ajouter foi à ce qu'a dit Paul à ce sujet. Mais cela ne prouve point, surtout à l'égard des tiers, que le fonds faisait effectivement partie de la succession de Philippe; ce n'est qu'une simple indication.

98. En ce qui concerne les tiers, nous avons vu plus haut que le dispositif de l'acte, sans les obliger, prouve du moins le fait principal, le contrat, *rem ipsam*, et en conséquence que l'acte peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans, au moyen de la bonne foi et de la possession pendant ce temps; mais quant aux simples énonciations, même directes, elles ne prouvent point du tout la vérité du fait énoncé, à l'égard de ceux qui n'ont point été

(1) Dumoulin, *in Consuet. Paris.*, § 8, gl. 1, n° 10.

* L'existence d'une vente est suffisamment prouvée par l'énonciation, dans un ancien partage, que cette rente affecte les biens partagés. (Liége, 28 novembre 1814; Toullier, 7. 339.)

(2) Dumoulin, *loco citato suprà*.

parties à l'acte, tandis qu'elles font foi entre les parties et leurs héritiers. Ainsi, il est énoncé dans l'acte de vente d'une maison, que cette maison a un droit de vue sur la maison voisine : cette énonciation, quoique directe à la disposition, ne fait aucune preuve contre le propriétaire de la maison, puisqu'il n'a point été partie à l'acte, et qu'il n'a pas dû dépendre du vendeur de grever par sa volonté cette maison d'une servitude.

Pothier dit que cette règle souffre exception lorsque l'énonciation se trouve dans un contrat ancien, et qu'elle est soutenue de la longue possession; que c'est une règle aussi que *in antiquis enuntiativa probant.* Il cite à ce sujet la décision de Cravetta, *de antiq. temp.*, part. 1, cap. 4, nº 20. Par exemple, dit-il, quoique le long usage n'attribue pas un droit de servitude (1), néanmoins si ma maison a depuis très-longtemps une vue sur la maison voisine, et que dans les anciens contrats de l'acquisition qu'en ont faite mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a ce droit de vue, ces anciens contrats, soutenus de ma possession, feront foi du droit de vue contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers et que ses auteurs n'aient jamais été parties dans ces contrats.

Aujourd'hui que dans toute la France les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir par la possession de trente ans (690) (2), si cette possession a eu lieu, la question relative à la valeur, à l'égard des tiers, des énonciations de droits de servitudes de cette nature, n'a guère plus d'intérêt; elle en présenterait seulement s'il s'agissait d'énonciations de servitudes discontinues, comme les droits de passage, de pacage, de puisage, qui ne peuvent plus aujourd'hui s'acquérir par prescription. Elle n'en présenterait même pas quant aux énonciations de servitudes continues, mais non apparentes, *puta* la prohibition de bâtir sur un terrain, puisqu'il n'y a pas de *possession* possible en pareil cas. Mais nous ne pensons pas que, dans l'état actuel de la législation sur la matière des servitudes, l'on pût argumenter contre un tiers, de l'énonciation, faite dans un contrat de vente ou autre, de l'existence d'un droit de passage, de puisage ou de pacage, quand bien même cette énonciation se trouverait dans un contrat ancien auquel n'aurait point été partie, ni par lui ni par ses auteurs, celui contre qui on l'invoquerait, et quand bien même aussi elle serait soutenue de la longue possession; car cette possession est sans effet aujourd'hui pour l'acquisition des droits de cette nature, et l'énonciation étant étrangère au tiers, il n'y aurait réellement rien qui pût fonder le droit réclamé.

Art. V.

Des contre-lettres, et de leur effet.

99. Quelquefois les parties, pour quelques raisons particulières, dérogent, par un acte séparé, ordinairement destiné à rester secret pendant un certain temps, aux conventions consignées dans un acte authentique, ou même sous signature privée. Quelquefois elles se contentent de modifier seulement ces conventions en quelque point, en y ajoutant ou en y retranchant quelque chose, ou bien elles en expliquent le sens suivant leur véritable intention. Cet acte se nomme *contre-lettre*, pour signifier qu'il est *contraire* à la convention *littérale* à laquelle il déroge. Et quoiqu'il y ait deux actes distincts, ils n'en forment néanmoins qu'un seul, dans le fond, parce que l'exécution de l'un et de l'autre doit se faire en les combinant.

100. Suivant l'article 1321 du Code, les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers.

Mais sous le nom de parties contractantes l'on comprend aussi leurs héritiers.

101. Les contre-lettres ont toujours été vues avec défaveur, parce que c'est un moyen propre à tromper les tiers; aussi le Code, qui leur

(1) Il raisonnait suivant la jurisprudence des pays où, comme Paris et Orléans, la maxime *nulle servitude sans titre* était en vigueur.

(2) Et, selon nous, les servitudes susceptibles de s'acquérir par prescription peuvent même s'acquérir par celle de dix et vingt ans, avec titre émané d'un tiers et bonne foi. C'est une question que nous avons discutée avec étendue au titre *des servitudes*, tome V, nº 593.

fait produire effet entre les parties elles-mêmes, ne leur en fait produire aucun contre les personnes qui y ont été étrangères. Ce moyen est encore plus fréquemment employé pour priver le trésor d'une partie des droits d'enregistrement qui lui sont dus pour mutation de propriété. Mais, en vue de prévenir autant que possible ce genre de fraude, la loi du 22 frimaire an VII, *sur l'Enregistrement*, porte, article 48, « Que toute contre-lettre faite sous » signature privée, qui aurait pour objet une » augmentation du prix stipulé dans un acte » public, ou dans un acte sous signature privée » précédemment enregistré, est déclarée nulle » et de nul effet. »

Le numéro suivant établit une amende triple du droit qui aurait eu lieu sur les sommes et valeurs ainsi stipulées.

102. La nullité de la contre-lettre, dans le cas prévu à cette disposition, était absolue : c'était un frein que l'on avait cru devoir apporter à la tentation si fréquente de faire fraude aux droits du trésor; et, quoique mesure purement fiscale, elle avait effet sur le sort de l'acte dans lequel se trouvait le supplément de prix, en l'annulant. Deux arrêts de la cour de cassation l'ont ainsi jugé, l'un du 13 fructidor an XI (1), l'autre du 10 janvier 1809 (2).

Le premier de ces arrêts a même décidé que la convention portée dans la contre-lettre était tellement nulle qu'il n'en résultait aucune obligation, encore qu'elle fût avouée; que l'aveu de la partie qui avait promis un supplément de prix de vente de telle somme, par un acte particulier, n'était point obligatoire. En sorte que le serment n'a pas pu lui être déféré, d'après la règle *frustrà probatur quod probatum non relevat.*

103. Il y a lieu de croire en effet que dans l'esprit de la loi du 22 frimaire an VII, ce n'était pas seulement l'acte appelé contre-lettre qui était nul, mais bien aussi la convention qu'il renfermait; ce n'était pas seulement la preuve par le moyen de cet acte qui était déclarée inadmissible, c'était la convention elle-même qui était proscrite, sans effet.

Mais il faut bien remarquer que les deux arrêts ci-dessus ont statué sur des actes antérieurs à la promulgation du Code; or, en doit-il être de même sous le Code? L'article 1321, au contraire, n'a-t-il pas abrogé la disposition de la loi de frimaire sur ce point, puisqu'il statue aussi sur les contre-lettres, et que la loi du 30 ventôse an XII porte que pour toutes les matières qui sont l'objet du présent Code, toutes les lois antérieures sont abrogées?

Pour nous cela n'est pas douteux, et la cour de cassation elle-même, par son arrêt du 10 janvier 1819, confirmatif d'une décision de la cour d'Angers, du 2 août 1818, a jugé que le Code civil a effectivement abrogé l'article 40 de la loi précitée (3).

M. Merlin, au tome VI de ses *Questions de droit*, v° *Contre-lettre*, § 111, soutient la thèse contraire, en disant que le Code civil est une loi générale, et la disposition de cet article 40 de la loi de frimaire an VII une loi spéciale, et que, suivant les principes, une loi générale ne déroge pas à une loi spéciale antérieure, à moins que le législateur ne s'en soit expliqué : *in toto jure*, dit la loi 80 ff., *de regul. jur.*, *generi per speciem derogatur, et illud potissimùm habetur quod ad speciem directum est* (4).

Mais en accordant à M. Merlin le principe, qui est cependant bien plus sûr encore quand il s'agit de dispositions destinées à former un même corps de lois, un même Code, que lorsqu'il s'agit de lois de dates différentes, la conclusion que ce savant jurisconsulte en tire pour le cas en question nous paraît tout à fait fausse; car la volonté des auteurs du Code, de déroger à la loi spéciale par la loi générale, ne saurait

(1) Sirey, an XII, part. 2, page 22.

(2) Sirey, 9, 1, 159.

(3) * *V.* dans ce sens Liége, 20 février. 1811 (Rec. de Liége, 3, n° 92.)

(4) * Une contre-lettre non enregistrée, portant augmentation du prix de bail convenu par acte notarié, est frappée d'une nullité absolue. (Brux., 15 mars 1821; J. de B., 1821, 1, 228; Sirey, 1832, 2, 263; Dalloz, 21, 119; Pailliet, sur l'art. 1321, n° 4; *Déc. not.*, 25, 145.)

Le vendeur ne peut pas faire interroger l'acheteur sur faits et articles, afin de prouver une convention qui aurait augmenté le prix de la vente, parce que cette convention serait, comme contre-lettre, frappée de nullité par l'art. 40 de la loi du 22 frimaire an VII. (Liége, 22 décembre 1817; Rec. de Liége, 6, 414, et *V.* 3, 92.)

être douteuse. La discussion élevée au conseil d'État sur l'article 1321, dans la séance du 2 frimaire an XII, fait foi de cette vérité.

« M. Duchâtel, directeur général de l'enregistrement, demande qu'on proscrive *d'une manière absolue* l'usage des contre-lettres, qui tendent à déguiser les conventions. Il en résulte des fraudes souvent contre les particuliers, *et toujours contre le trésor public.*

» M. Regnault (de Saint-Jean d'Angely) dit qu'un jugement vient d'annuler une contre-lettre qui ajoutait au prix d'une vente.

» M. Bigot-Préameneu dit que les contre-lettres ne doivent être annulées que lorsqu'elles sont frauduleuses.

» M. Berlier dit que la proposition de M. Duchâtel lui paraissait, dans sa généralité, propre à produire un mal plus grand que celui qu'on voulait éviter. Il a été, au titre *du contrat de mariage*, spécialement pourvu au sort des contre-lettres qui pouvaient y être relatives, et c'est en cette matière qu'il importait le plus de parer aux abus, parce que c'est là qu'ils sont le plus fréquents, principalement ceux qui touchent à la substance du pacte. Mais dans cette foule de contrats qui ont lieu entre les hommes, ne serait-il pas souvent injuste de ne considérer comme valable que l'acte authentique, en rejetant les modifications contenues dans la contre-lettre? ne serait-ce pas dénaturer les conventions? et le législateur le doit-il, lors surtout qu'il peut y avoir des contre-lettres qui n'aient point eu pour objet de déguiser la convention primitive, mais d'en fixer le sens ou d'en réparer les omissions?

» A la vérité, les contre-lettres ont souvent lieu pour éluder ou affaiblir les droits dus au trésor public; mais c'est par des amendes, *et non par la peine de nullité*, que cette espèce de fraude doit être atteinte et punie ; dans aucun cas, le législateur ne peut mettre sa volonté à la place de celle des parties, pour augmenter ou diminuer les obligations respectives qu'elles se sont imposées.

» M. Cambacérès fait observer qu'il existe déjà une disposition législative contre l'usage des contre-lettres, *mais elle ne lui semble pas juste : ces actes doivent avoir tout leur effet entre les parties;* il suffit, pour en prévenir les abus, de les soumettre au droit d'enregistrement lorsqu'ils sont produits.

» M. Tronchet dit qu'il faut en effet distinguer : *Une contre-lettre doit être valable entre les parties, et nulle contre les tiers; or, la régie de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte.*

» M. Defermont dit qu'il serait contre les principes d'annuler indistinctement les contre-lettres : l'intérêt du fisc serait beaucoup mieux assuré, si, lorsqu'elles sont produites, la peine de l'amende était infligée aux parties, pour ne les avoir pas fait enregistrer.

» A quoi M. Duchâtel répondit que plus la peine sera forte, et plus on s'appliquera à dérober à la régie la connaissance de l'acte.

» La proposition de M. Duchâtel est renvoyée à la section. »

Mais aucune disposition n'ayant été proposée par la section, l'art. 1321 est resté tel que portait le projet, « que les contre-lettres » ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties » contractantes; qu'elles n'ont point d'effet con- » tre les tiers. »

Il résulte de cette discussion, 1° que le directeur général de l'enregistrement voulait le maintien de l'art. 40 de la loi du 22 frimaire an VII, et que l'art. 1321 du Code civil ne lui paraissant pas également prononcer la nullité, entre les parties, des contre-lettres qui avaient même pour objet une augmentation de prix, il désirait que cet article fût rédigé dans le sens de la nullité; qu'on proscrivît l'usage des contre-lettres *d'une manière absolue;*

2° Que malgré sa réclamation, uniquement dictée par le vif désir de protéger le plus efficacement les droits dont la défense lui était spécialement confiée, *tous* les orateurs qui ont pris part à la discussion ont été d'avis de donner aux contre-lettres effet entre les parties contractantes, et d'abroger à cet égard la disposition de l'art. 40 de la loi de frimaire an VII;

3° Que, par cela même, l'intention du législateur en adoptant l'art. 1321 du Code, qui est une loi *générale*, est en même temps une loi *spéciale* quant à cette abrogation;

Et 4° enfin, que la peine de nullité prononcée par la loi de l'an VII, est abrogée et par la lettre et par l'esprit du Code civil. L'arrêt de

la cour de cassation, du 10 janvier 1819, cité plus haut, a donc fait une juste application des principes du Code, et sa décision doit être considérée comme fixant la jurisprudence sur ce point. Tel est aussi le sentiment de M. Favard de Langlade, *Répertoire*, v° *Contre-lettre.*

104. Mais, comme nous venons de le dire, les contre-lettres n'ont aucun effet à l'égard des tiers. Ainsi, Titius voulant faire don à Sempronius de tel immeuble, mais ne voulant pas le lui faire ouvertement, soit parce qu'il veut le cacher à ses héritiers présomptifs, pour ne pas les mécontenter, soit parce que Sempronius n'est pas capable de recevoir de lui, passe à Séius acte de vente de cet immeuble, moyennant un prix simulé, et retire de lui une contre-lettre par laquelle Séius s'oblige à faire don lui-même de l'immeuble à Sempronius, à une époque fixée par la contre-lettre. Mais, au lieu de l'exécuter fidèlement, Séius vend ou hypothèque l'immeuble à un tiers : Titius ne pourra pas en invoquant la règle *nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet*, revendiquer l'immeuble dans les mains du tiers, ou demander l'annulation de l'hypothèque, quoique Séius ne fût point en réalité propriétaire de la chose, mais bien un simple *fiduciaire*, une espèce de mandataire, ainsi qu'il résultait de la contre-lettre. Mais puisqu'elle ne peut pas être opposée aux tiers, l'acte de vente passé entre Titius et Séius, qui donnait à celui-ci la qualité *apparente* de propriétaire, a suffi pour qu'il pût disposer de l'immeuble avec effet au profit de ce tiers; sauf à Titius son recours contre lui. La maxime précitée n'est donc point applicable. *Voyez* l'arrêt de la cour de cassation du 18 décembre 1810 (1), qui a jugé en ce sens.

105. La même cour a jugé aussi (2) qu'un vendeur, qui avait imprudemment reconnu dans l'acte de vente avoir touché le prix de la vente, tandis qu'une contre-lettre portait le contraire, n'avait pu faire résoudre le contrat, au moyen de la contre-lettre, pour défaut de payement, qu'à la charge de payer à la régie de nouveaux droits de mutation, et sans préjudice encore des hypothèques ou autres droits conférés par l'acquéreur à des tiers. On a considéré cette résolution comme une rétrocession déguisée. Elle pouvait en effet n'être que cela.

106. Entre les parties elles-mêmes, si la contre-lettre était par acte sous signature privée, comme cela a lieu ordinairement, elle ne serait valable qu'autant qu'elle serait faite en double original, dans le cas où elle contiendrait des obligations synallagmatiques à remplir, ou des dérogations aux droits de l'une et de l'autre partie établis par l'acte principal, authentique ou privé, n'importe. L'article 1325 serait applicable.

107. Et si la contre-lettre ne contenait d'obligation que pour une seule partie, et que cette obligation fût une promesse de payer une somme ou une chose appréciable, elle devrait être écrite en entier de la main de la partie obligée, ou du moins contenir, outre sa signature, un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose promise, en un mot l'article 1326, avec les exceptions qu'il consacre, serait applicable, parce que ce serait effectivement une promesse sous seing privé, et que le danger des surprises et de l'abus d'un blanc-seing serait également à craindre.

108. Les articles 1396 et 1397 déterminent la forme, et règlent l'effet des contre-lettres par lesquelles on a dérogé aux conventions portées dans le contrat de mariage, avant la célébration. Nous en parlerons à son lieu.

§ II.

De l'acte sous seing privé.

SOMMAIRE.

109. *Quels actes l'on comprend sous le nom d'actes sous seing privé.*

(1) *Journal du Palais*, tome XXIX, page 417.

(2) Arrêt du 11 juillet 1814. (Sirey, 1815, 1, 248.)

quéreur de l'usufruit par acte sous seing privé sans date certaine.

138. *Suite, et comparaison avec un créancier hypothécaire.*

139. *Conclusion de la discussion.*

140. *L'article* 1328 *n'est point applicable aux créanciers d'un failli qui se présentent dans la faillite pour prendre des arrangements avec lui, ou pour participer aux distributions de deniers.*

141. *Il en est de même des créanciers d'un débiteur non commerçant, qui se présentent aux distributions sur saisies.*

142. *Cas assez remarquable dans lequel des créanciers ont pu écarter un acte sous seing privé, en vertu de l'art.* 1328.

143. *Les actes qui contiennent des conventions synallagmatiques doivent être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; texte de l'article* 1325.

144. *Cela n'était point exigé dans le droit romain, ni généralement dans la jurisprudence française antérieure à* 1636.

145. *Contrats auxquels s'applique la règle.*

146. *Toutefois, si un contrat synallagmatique de sa nature, comme la vente, est complétement exécuté sur-le-champ par l'une des parties, il n'est pas nécessaire de faire l'acte en double original, du moins généralement.*

147. *Les promesses de vendre ou d'acheter peuvent avoir lieu sans réciprocité, et l'acte qui les constate n'a pas besoin d'être fait en double original.*

148. *Le contraire paraît néanmoins avoir été jugé par le parlement de Paris.*

149. *Les achats et ventes entre commerçants peuvent très-bien se constater par les livres des parties, et par leur correspondance.*

150. *Les dépôts, les prêts à usage, et autres contrats imparfaitement synallagmatiques, n'ont pas besoin d'être constatés par des actes faits en double original.*

151. *La renonciation de l'une des parties à certains droits, et pour laquelle l'autre s'oblige, rend la convention synallagmatique, dans l'esprit de l'art* 1325.

152. *Par exemple dans le cas d'un acte de cautionnement, lorsque la caution ne s'est obligée qu'à condition d'une prorogation de terme accordée au débiteur.*

153. *Autre exemple tiré d'un acte par lequel un tuteur s'oblige envers le mineur devenu majeur, à lui payer tant, sous la condition de la part de celui-ci de renoncer à demander aucun compte de tutelle.*

154. *Deux ou plusieurs personnes qui ont le même intérêt sont censées n'en faire qu'une; un original leur suffit donc: divers exemples.*

155. *Mais l'original de l'autre partie n'en doit pas moins être signé par toutes, si elles n'ont pas donné mandat à quelqu'une d'entre elles de traiter pour les autres.*

156. *Il n'est pas nécessaire de signer le double que l'on retire.*

157. *Le Code ne prescrit pas non plus d'*approuver l'écriture *du double que l'on n'écrit pas soi-même.*

158. *Ni de revêtir le double de l'autre partie d'un* bon *ou* approuvé *portant en toutes lettres la somme ou la quotité de la chose promise.*

159. *Ni de mettre les sommes en toutes lettres ou de mettre un* bon *ou* approuvé *de ces sommes.*

160. *Mais l'art.* 1325 *exige la mention, sur chaque original, du nombre d'originaux qui ont été faits.*

161. *Le défaut de mention et même le défaut réel de doubles se couvrent à l'égard de la partie qui a exécuté de son côté la convention.*

162. *Quoique l'une des parties seulement ait payé ou livré, l'autre n'est pas moins censée avoir exécuté la convention en recevant elle-même la chose payée.*

163. *Si l'acte n'est point fait suivant le vœu de l'art.* 1325, *et si la convention n'est pas non plus encore exécutée, cette convention elle-même est-elle nulle? discussion et distinction.*

164. *L'acte dont il s'agit ne peut servir de commencement de preuve par écrit.*

165. *Le délai de dix ans n'en purge pas le vice.*

166. *Texte de l'art.* 1326, *relatif aux billets et*

202. *Opinion de Dumoulin et de Pothier qui ne serait pas suivie aujourd'hui à la lettre.*
203. *De quel moment le pacte est-il formé dans les achats et ventes qui se font par correspondance?*
204. *Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits, et ils font foi contre lui dans deux cas, encore que les écritures ne soient ni signées ni datées.*
205. *Observations sur le premier cas, celui où l'écriture énonce formellement un payement reçu.*
206. *Opinion de Boiceau et opinion contraire de Pothier sur le second cas, celui où la note a été faite par un débiteur pour tenir lieu de titre à son créancier.*
207. *Quand la note, dans ce cas, se trouve biffée, elle n'a plus d'effet.*
208. *Il n'en est pas de même dans le premier.*
209. *Tout en décidant que les écritures mises sur les registres d'un particulier font foi contre lui en certains cas, le Code civil, à la différence du Code de commerce, ne contient néanmoins aucune disposition précise qui autorise une partie à exiger la représentation des registres de l'autre.*
210. *Droit romain à cet égard.*
211. *Disposition du Code de commerce, et résolution de la question.*
212. *Texte de l'art.* 1332, *touchant les écritures mises à la suite, au dos ou à la marge d'un titre ou d'une quittance.*
213. *La première partie de cet article ne prévoit qu'un seul cas, et cependant il peut s'en présenter deux autres: résolution du premier.*
214. *Résolution du second.*
215. *La disposition de l'article ne s'appliquerait qu'avec une distinction au* pour acquit *que l'on est dans l'usage de mettre aux billets et autres effets avant même d'en toucher le montant.*
216. Quid *lorsque l'écriture mise sur le titre a été rendue illisible.*
217. Quid *aussi, si le débiteur allègue que le créancier, au moyen d'une coupure, a fait disparaître une écriture qui se trouvait au bas du titre, et qui tendait à la libération.*
218. *La condition exigée par la seconde partie de l'article, que le double soit resté en la possession du débiteur, pour que l'écriture qui y a été mise par le créancier, et tendant à la libération, ait effet, n'est cependant pas nécessaire.*
219. *Ces écritures, mises par le créancier, font foi quoiqu'elles ne soient ni signées ni datées.*
220. *L'écriture mise sur le double du débiteur, ou sur une quittance, quoique par le créancier, cesse de faire foi si elle est barrée.*
221. Secùs *de celle qui a été mise sur le double du créancier.*
222. *Dans quelques cas les écritures mises à la suite d'un titre font foi, quoiqu'elles tendent à* l'obligation.
223. *Ce qu'on entend par* quittances.
224. *Effet de la quittance qui exprime la somme payée, sans exprimer la cause de la dette.*
225. *Effet de celle qui exprime la cause de la dette, sans exprimer la somme payée.*
226. *Suite pour le cas où cette quittance est pour loyers ou arrérages.*
227. *Et pour le cas où la dette est payable en plusieurs termes.*
228. *Effet de la quittance qui n'exprime ni la cause de la dette, ni la somme payée, lorsqu'il y a plusieurs dettes.*
229. *Et* quid, *dans cette hypothèse, du cas où cette quittance ne serait pas datée.*
230. *Et de celui où un billet n'aurait pas été remis au débiteur qui a reçu une quittance générale.*
231. *Effet de la quittance qui exprime tout à la fois la somme payée et la cause de la dette.*
232. *La quittance du capital, donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le payement.*

109. On comprend sous le nom d'acte sous seing privé, toute écriture privée opérant obligation ou décharge, et il en est de plusieurs sortes :

1° L'acte sous seing privé proprement dit,

2° Les registres des marchands,

3° Les registres et papiers domestiques des personnes non marchandes,

4° L'écriture mise au dos, à la marge ou à la suite d'un titre ou d'une quittance,

5° Et les quittances.

La correspondance des parties n'est pas mentionnée dans ce paragraphe du Code, mais il n'est point douteux qu'elle ne puisse aussi établir des obligations, et surtout des décharges; aussi l'art. 109 du Code de commerce porte-t-il que les achats et ventes se constatent par la *correspondance* des parties.

Nous parlerons d'abord de l'acte sous seing privé en général, et de ses effets par rapport aux parties, leurs héritiers et ayants cause;

Ensuite, de l'époque où ces actes ont une date à l'égard des tiers;

Nous traiterons après, en particulier, de l'acte contenant des conventions synallagmatiques;

De l'acte renfermant des obligations ou promesses unilatérales;

Enfin successivement des autres écritures privées.

Art. Ier.

De l'acte sous seing privé en général, et de ses effets entre les parties et leurs héritiers et ayants cause.

110. L'acte sous seing privé, comme la dénomination l'indique, est celui qui a été passé entre les parties, sans le ministère d'un officier public; sauf que d'après l'art. 1318, l'acte reçu par officier public incompétent ou incapable, ou nul par défaut de forme, *vaut comme écriture privée,* s'il a été signé des parties.

111. Suivant l'art. 1322, l'acte sous seing privé, reconnu par celui à qui on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

Mais pour qu'il en ait la force et l'effet, il faut que la convention qu'il renferme puisse valoir sans l'emploi des formalités prescrites pour les actes authentiques.

112. L'acte sous seing privé, comme l'acte authentique, fait également foi contre les tiers, non pas à l'effet de les obliger, car les conventions n'obligent que les parties et les héritiers (art. 1165), mais en ce sens qu'il prouve, à compter du jour où il a acquis date certaine, le fait même de la convention; il prouve aussi *rem ipsam,* comme l'acte authentique; il peut tout comme lui servir de base à la prescription de dix et vingt ans, ainsi que le décide Pothier, qui cite à ce sujet un arrêt du 29 décembre 1716, rapporté au *Journal des Audiences,* qui a jugé en ce sens. D'ailleurs l'art. 1319 dit aussi que *l'acte authentique fait foi entre les parties, leurs héritiers et ayants cause,* et l'on ne conclut point de là, *è contrario,* qu'il ne prouve rien contre les tiers, qu'il ne prouve pas contre eux le fait même de la convention. Il y a seulement cette différence que l'acte authentique fait foi par lui-même de sa date, tandis que l'acte sous seing-privé n'a de date certaine à l'égard des tiers que de l'une des manières exprimées à l'art. 1328 : aussi celui qui l'invoquerait comme juste titre pour la prescription de dix et vingt ans, ne pourrait en faire remonter l'effet au delà de l'époque où cet acte aurait acquis date certaine par rapport aux tiers, quoique sa possession personnelle fût antérieure; sauf à lui, s'il y avait lieu, à joindre à cette possession celle de son auteur (1). (Article 2235.)

113. D'après l'édit de 1684, le porteur d'un acte sous seing privé ne pouvait obtenir de condamnation qu'il n'eût préalablement formé demande en reconnaissance de l'écriture; mais, suivant une déclaration du 15 mai 1703 (2), il n'était pas nécessaire, quant aux effets de

(1) Il ne pourrait la joindre à la sienne pour la prescription de dix à vingt ans, qu'autant que son auteur lui-même pouvait acquérir par cette prescription, par conséquent qu'autant qu'il avait un juste titre, valable aussi sous le rapport de la forme, et qu'il était de bonne foi. (Art. 2265, 2266, 2267 et 2268 combinés.)

(2) Cette déclaration disait que « les porteurs de pro» messes, billets ou autres actes de commerce, pourraient » obtenir condamnation sur de simples assignations en la » manière, ordinaire, *sans qu'au préalable il fût besoin*

commerce, d'assigner préalablement en reconnaissance de l'écriture : on pouvait *de plano* conclure à la *condamnation*, et sur la demande en payement, le tribunal adjugeait les conclusions du demandeur, quoique le défendeur fît défaut, sauf à celui-ci à former opposition au jugement. Tel est aussi le droit actuel.

114. Et même, quant aux actes sous seing privé qui n'ont pas pour cause le commerce, l'on peut aujourd'hui, suivant l'opinion de plusieurs auteurs (1), former demande en payement du billet ou autre acte privé, sans avoir préalablement formé demande en reconnaissance de l'écriture (2) ; seulement il faut observer le préliminaire de conciliation, à moins que l'on ne se trouve dans un des cas exceptés par la loi. Au lieu que lorsque la demande est simplement en reconnaissance de l'écriture, on n'est point obligé de remplir la formalité du préliminaire de conciliation, attendu que la loi fait exception pour ces sortes de demandes. (Art. 48 et 49, Code de procédure, combinés.)

L'usage est encore, dans quelques tribunaux, de former tout à la fois par le même exploit, demande en reconnaissance de l'écriture ou de la signature, et demande en payement, en observant toutefois les délais des ajournements et le préliminaire de conciliation, si l'on n'est point dispensé; tandis que pour les simples demandes en reconnaissance d'écriture, l'on peut assigner à trois jours, même sans permission du juge. (Art. 173, Code de procéd.)

Mais on tient cependant qu'il n'est plus nécessaire, pas plus en matière civile qu'en matière de commerce, de conclure d'abord à la reconnaissance de l'écriture ou de la signature; qu'il suffit de demander le payement, sauf au défendeur à proposer pour exception qu'il désavoue l'écriture ou la signature qui lui est attribuée, ou qu'il ne connaît pas celle de son auteur, auquel cas la vérification en est ordonnée par le tribunal. On dit, à cet égard, que la déclaration de 1684, qui exigeait une demande préalable en reconnaissance d'écriture, se trouve abrogée par la loi du 30 ventôse an XII, sur la réunion en un Code de toutes les lois qui composent le Code civil. Nous en avions d'abord douté, dans notre *Traité des contrats*, etc., tome IV, n° 1232, tout en admettant du reste que le créancier pouvait former l'une et l'autre demande par le même exploit, à la charge d'observer le préliminaire de conciliation, s'il n'était pas dans quelque cas d'exception, et à la charge aussi d'observer les délais des ajournements; mais aujourd'hui nous croyons effectivement que la demande en payement seule est valablement formée, sauf au défendeur, comme on vient de le dire, à opposer comme exception qu'il désavoue formellement l'écriture ou la signature à lui attribuée, ou qu'il ne connaît pas celle attribuée à son auteur. Son silence est une approbation. Cette forme de procéder ne compromet en rien ses droits. La cour de cassation l'a ainsi jugé par deux arrêts : l'un du 24 juin 1806 (Sirey, 14, 1, 29) ; l'autre du 7 janvier 1814, rapporté au Répertoire de M. de Favard de Langlade, article *Acte sous seing privé*, sect. 1, § 1 (3).

115. Celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature.

Ses héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur. (Art. 1323.)

Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice. (Article 1324.)

116. On parle ici de l'écriture *ou* de la signature, parce qu'il est des cas où l'écriture seule a effet : tels sont les registres et papiers

» *de procéder en reconnaissance, sinon en cas que le dé-* » *fendeur déniât la vérité desdits actes.* » Dans ce cas on procédait à la vérification, mais devant les tribunaux civils, ainsi que cela a lieu aujourd'hui. (Art. 427, Cod. de proc.)

(1) Notamment de M. Carré, dans son *Analyse raisonnée de la procédure civile*, sur l'art. 193; contre le sentiment de M. Bouchez, *Traité de la procédure devant les tribunaux de commerce*, page 120.

(2) * Brux., 11 août 1814. (J. de B., 1814, 2, 203; Boncenne, ch. 15, 2, 44, n° 170.)

(3) Article composé par moi.

domestiques, et les écritures mises au dos, à la suite ou à la marge d'un titre ou d'une quittance; et d'autres fois, il n'y a que la signature de celui à qui l'acte est opposé, l'écriture du corps de l'acte étant de la main d'un autre. L'article 1326 le suppose même à l'égard de billets ou promesses unilatérales.

Mais lorsque, dans ces sortes d'actes, le *bon* ou l'*approuvé* de la main du débiteur a été nécessaire parce que l'acte n'a pas été écrit en entier de sa main, et parce qu'en outre le débiteur n'était point de la classe des personnes pour lesquelles il est fait exception, la reconnaissance ou le désaveu doit aussi porter formellement sur l'écriture qui exprime ce *bon* ou cet *approuvé*.

117. Le porteur d'un acte sous signature privée peut assigner en reconnaissance de l'écriture ou de la signature même avant l'échéance de la dette; et à cet effet l'article 193 du Code de procédure, ainsi qu'il vient d'être dit, lui donne le droit d'assigner, sans permission du juge, à trois jours, pour avoir acte de la reconnaissance, ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu. Mais cet article ajoute que si le défendeur ne dénie pas la signature, tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, sont à la charge du demandeur.

118. Cette disposition, en ce qui concerne les frais d'enregistrement, a toutefois été modifiée par la loi du 3 septembre 1807, ainsi conçue :

« Art. 1er. Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de payement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins de stipulation contraire.

» 2. Les frais relatifs à ce jugement ne pourront être répétés contre le débiteur que dans le cas où il aura dénié sa signature.

» Les frais d'enregistrement seront à la charge du débiteur, tant dans le cas dont il vient d'être parlé, que lorsqu'il aura refusé de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette. »

Ainsi cette loi, lorsque la demande en reconnaissance d'écriture est formée avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette, met les frais à la charge du débiteur, non-seulement dans le cas où celui-ci a dénié sa signature, mais encore dans le cas où ne l'ayant point déniée, il a refusé de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette; tandis que d'après le Code de procédure, ces frais, comme ceux de vérification, n'étaient à sa charge que lorsqu'il avait dénié son écriture ou sa signature.

119. De ce que cet article 193 met à la charge du demandeur les frais relatifs à la reconnaissance et à la vérification, ainsi que ceux de l'enregistrement de l'écrit dans le cas où le défendeur ne dénie pas sa signature, il n'en faut pas conclure, *è contrario*, que le défendeur doit les supporter dans tous les cas où il y a eu une vérification, et que cette vérification a été favorable au demandeur. Il faut au contraire distinguer si elle a lieu d'un écrit attribué au défendeur lui-même, ou d'un écrit attribué à son auteur, et, dans cette dernière hypothèse, si elle a lieu sur une demande en reconnaissance d'écriture formée avant l'échéance, ou bien sur une demande en payement formée à l'échéance ou à l'exigibilité de la dette.

Lorsqu'il s'agit d'un écrit attribué au défendeur lui-même, qui a mal à propos dénié son écriture ou sa signature, les frais sont à sa charge, encore que la demande ait été simplement en reconnaissance d'écriture, et qu'elle ait été formée avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette. Sa mauvaise foi les lui fait supporter même dans ce cas, et, de plus, d'après l'article 213, il *doit* être condamné à 150 fr. d'amende envers le trésor, outre les dommages et intérêts de la partie, et il *pourra* aussi être condamné par corps pour le principal.

Au lieu que lorsqu'il s'agit d'un écrit attribué non au défendeur lui-même, mais à son auteur, si le défendeur a été simplement assigné en reconnaissance de l'écriture avant l'échéance, et qu'usant de la faculté que lui accor-

dait l'article 1323 du Code civil, de déclarer qu'il ne connaissait point l'écriture ou la signature de son auteur, les frais de la vérification qui a eu lieu ne sont point à sa charge, non plus que ceux de l'enregistrement de l'écrit, à moins, pour ces derniers, qu'il n'ait ensuite refusé de se libérer à l'échéance de la dette, conformément à la loi du 3 septembre précitée. En effet, l'art. 193 du Code de procédure suppose qu'une *vérification* a eu lieu dans un cas où le défendeur n'a pas dénié la signature, et il met les frais de cette vérification, ainsi que ceux de l'enregistrement de l'écrit, à la charge du demandeur; or, pour qu'il ait pu y avoir lieu à une vérification dans le cas où *la signature n'a pas été déniée*, il faut nécessairement supposer que l'écrit était de l'auteur du défendeur, qui s'est borné à déclarer qu'il ne connaissait pas l'écriture ou la signature de son auteur. L'article ne dit pas, en effet, « Les frais de la *demande* en reconnaissance ou en vérification seront à la charge du demandeur dans le cas où le défendeur ne dénie pas la signature, » ce qui aurait pu faire croire qu'une demande en vérification avait bien eu lieu, mais qu'il n'y avait cependant pas eu de vérification; il dit : « Les frais relatifs à la reconnaissance *ou à la vérification.* » Il a donc pu y avoir une vérification, quoique *la signature n'ait pas été déniée ;* et effectivement elle ne l'a pas été, si le défendeur s'est borné à déclarer qu'il ne connaissait pas celle de son auteur. Or, dans ce cas-là même, l'article met les frais à la charge du demandeur, quoique la vérification lui ait été favorable; et cela est juste, puisque c'est pour son avantage particulier qu'il a assigné en reconnaissance d'écriture avant l'échéance, afin d'avoir un titre authentique, et puisque le défendeur a pu être de bonne foi : aussi l'article 213 précité ne lui est-il point applicable.

Mais lorsqu'il s'agit d'une demande en payement formée à l'échéance ou à l'exigibilité de la dette, il n'y a plus à distinguer, quant aux frais, entre le cas où l'écrit est attribué à l'auteur du défendeur, ou au défendeur lui-même. Si dans cette hypothèse, le défendeur déclare ne pas connaître l'écriture ou la signature de son auteur, et que la vérification démontre qu'elle est cependant de lui, il doit être condamné aux frais de cette vérification, ainsi qu'aux autres frais de l'instance, et il supporte pareillement ceux de l'enregistrement de l'écrit. La raison en est simple, le créancier n'étant pas payé à l'échéance, il a dû former sa demande, et la vérification, dans ce cas, a été un simple *incident* tout comme un autre; or, il n'y a aucun motif pour déroger à la règle générale que celui qui succombe doit supporter les frais. Le défendeur avait sans doute le droit de se borner à déclarer qu'il ne connaissait pas la signature de son auteur, mais en opposant cette exception, il le faisait à ses risques et périls : l'événement ayant prouvé que le demandeur avait raison, et celui-ci étant obligé de former alors sa demande puisqu'il n'était pas payé, le défendeur doit tous les frais, comme ayant succombé. L'article 193 du Code de procédure et la loi du 3 septembre 1807 n'ont rien de contraire à cette décision, car ils statuent sur de simples demandes en reconnaissance d'écriture formées avant l'échéance de la dette, tandis que nous raisonnons actuellement dans l'hypothèse d'une demande en payement formée à l'échéance.

120. Si l'assigné en reconnaissance de l'écrit ne comparaît pas, l'écrit doit être tenu pour reconnu (art. 194); sauf au défendeur à former opposition.

S'il reconnaît l'écrit, le jugement donne acte de la reconnaissance au demandeur. (*Ibid.*)

121. Si le défendeur dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers, la vérification en peut être ordonnée tant par titres que par experts et par témoins. (Art. 195.)

La vérification peut se faire par témoins, encore qu'il s'agisse d'une somme au delà de 150 fr.; l'article ne distingue pas quant à la somme, et il admet évidemment les trois moyens de vérification isolément comme par concours. C'est un simple fait à établir, et pour lequel il n'a pas dépendu du demandenr d'avoir une preuve écrite.

122. Si celui auquel est attribué l'écrit l'a reconnu dans un acte authentique, ou même

dans un acte sous signature privée qu'il ne désavoue pas, cet écrit fait désormais foi contre lui comme un acte authentique. (Art. 1322, Code civ.)

Et celui qui, poursuivi en payement à raison de l'acte, aurait demandé aux juges un terme de grâce, aurait par cela même reconnu l'existence de l'obligation.

123. Mais puisque l'exécution d'un acte authentique est suspendue par la plainte en faux suivie de la mise en accusation, et qu'elle peut l'être par l'inscription de faux incident si le tribunal l'estime convenable (art. 1319); de même la foi due à l'écrit privé reconnu est suspendue par la plainte en faux (que peut encore former la partie), si la mise en accusation est prononcée; et l'exécution de l'acte peut aussi être suspendue par l'inscription de faux incident si le tribunal estime convenable de prononcer la suspension.

Il n'est même pas besoin pour cela de s'inscrire en faux contre l'acte authentique ou l'acte sous signature privée dans lequel on a reconnu celui dont il s'agit; il n'y aurait pas même lieu à le faire, puisque nous supposons que cet acte est sincère. « On a vu, disait M. Pigeau, de » fréquents exemples de faussaires assez habi- » les pour imiter l'écriture et la signature de » quelqu'un, au point que ceux à qui on les » attribuait y ont été trompés, et ont pris pour » être d'eux des signatures qu'ils n'avaient pas » données. On peut donc, malgré la reconnais- » sance, s'inscrire en faux contre cet acte que » l'on a mal à propos reconnu. »

124. On peut pareillement, d'après l'article 214, Code de procédure, s'inscrire en faux incident civil contre un acte sous seing privé, encore que cet acte ait été vérifié en justice être de la partie (ou de son auteur), à d'autres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou incident, et qu'en conséquence il soit intervenu un jugement sur le fondement de ladite pièce comme véritable.

Ainsi le jugement rendu sur une simple vérification d'écriture ne fait point obstacle à l'inscription de faux, même incident, quoiqu'il ait été rendu sur le fondement que la pièce *était véritable*, ce qui suppose cependant qu'elle était de celui à qui elle a été attribuée. L'autorité de la chose jugée fait bien loi quant à la vérification, mais non quant à l'inscription de faux. C'est une autre procédure (1) : dans la première, celui contre qui la pièce a été produite s'est borné à dénier l'écriture ou la signature qu'on lui attribuait, ou à déclarer qu'il ne connaissait pas celle de son auteur, et la vérification, ordinairement faite par des experts écrivains, dont l'art est fort incertain, n'a pas paru suffisante pour imprimer à la pièce un caractère de sincérité irréfragable. Au lieu que dans l'inscription de faux, le demandeur en faux n'aura pas à se borner à dénier la pièce ou à déclarer ne pas connaître l'écriture ou la signature de son auteur : son rôle sera bien différent; ce sera à lui de prouver que la pièce est fausse; il fera lui-même le procès à la pièce; il devra déduire et prouver ses moyens de faux. Ainsi les procédures sont différentes.

Mais lorsque c'est sur une inscription de faux incident que l'acte a été déclaré véritable, il n'y a plus lieu à en attaquer la sincérité par la même voie; car rien ne doit faire croire qu'on jugerait mieux une seconde fois que la première. L'autorité de la chose jugée exerce alors toute sa force.

125. Mais comme nous l'avons dit *suprà*, n° 90, relativement à l'acte authentique, il y a encore lieu à la plainte en faux principal, conformément à l'art. 250 précité, si l'auteur ou les complices du faux sont encore vivants, et si d'ailleurs la poursuite criminelle n'est pas éteinte par la prescription. (Art. 239.)

La preuve du faux peut s'obtenir plus facilement au criminel qu'au civil, et si l'accusé est déclaré coupable d'avoir fabriqué l'acte ou de l'avoir altéré, la partie peut prendre des conclusions civiles tendant à la lacération ou

(1) Nous verrons cependant plus loin, en traitant de l'autorité de la chose jugée, que la diversité des actions n'empêche point que la chose jugée n'ait toute sa force quand la cause de la nouvelle action est la même que celle de l'ancienne. Mais ici il y a une raison particulière, que nous donnons au texte.

réformation de la pièce, nonobstant le jugement rendu sur l'inscription de faux incident civil qui a tenu l'écrit pour véritable. Ce jugement ne lie point les juges au criminel, et dès qu'il y a encore action criminelle, il y a action civile pour dommages-intérêts (art. 1, Code d'instruction criminelle); or, l'anéantissement ou la réformation de la pièce est nécessairement comprise dans ses dommages-intérêts.

126. En sens inverse, de ce que dans le cas d'une plainte en faux suivie de la mise en accusation, l'accusé serait acquitté sur la déclaration du jury, de *non coupable*, il n'en faut pas nécessairement conclure que l'obligation existe, et en conséquence que les tribunaux civils auxquels l'exécution de ce même acte serait ensuite demandée, ne pourraient se dispenser de l'ordonner. La décision au criminel qui déclare l'accusé non coupable doit bien l'affranchir même de l'action civile pour les dommages-intérêts; mais elle ne fait pas nécessairement, en matière d'actes argués de faux, que ces actes doivent être tenus pour vrais par les tribunaux civils, qu'ils soient fondés sur une juste cause, qu'ils ne soient pas le résultat de manœuvres frauduleuses. Ce qui est jugé par les tribunaux criminels, c'est la question de savoir si l'accusé *est coupable;* ce qui sera jugé par les tribunaux civils, sera *la réalité des obligations:* la chose n'est donc pas identiquement la même. Au surplus, c'est un point sur lequel nous reviendrons quand nous parlerons de l'*autorité de la chose jugée*, en traitant des présomptions.

127. Le Code civil ne prescrit, en général, aucunes formalités particulières pour les actes sous seing privé, sauf ce qui est établi aux art. 1325 et 1326, dont nous parlerons bientôt. Il n'exige pas que ces actes contiennent la mention du lieu où ils ont été passés, ni même qu'ils soient datés, quoique la date eût pu paraître une formalité fort utile, afin, en cas de contestation, qu'on pût savoir si l'acte a été souscrit en temps de capacité ou en temps d'incapacité; aussi généralement est-elle observée.

Mais elle n'est point prescrite par le Code, civil, si ce n'est pour les testaments olographes, et, par le Code de commerce, pour les lettres de change, les billets à ordre, les endossements de ces deux sortes d'effets, les polices d'assurances, et quelques autres actes; en sorte que la loi sur le notariat n'est point applicable aux actes sous seing privé. Plusieurs arrêts, cités par Denizart, aux mots *billets* et *date*, ont jugé que la date et la mention du lieu ne sont point nécessaires dans ces sortes d'actes.

Si le débiteur prétend qu'il s'est obligé en temps d'incapacité, il devra prouver son allégation; mais les circonstances de la cause, qui peuvent varier à l'infini, serviront généralement de guide aux tribunaux pour décider la question.

128. Une observation commune aux diverses espèces d'actes sous seing privé, c'est qu'ils peuvent être écrits non-seulement par les parties ou des tiers, mais encore par des notaires ou autres officiers publics. Les déclarations des 19 mars 1696 et 14 juillet 1699, qui défendaient aux notaires, greffiers, procureurs, huissiers, sergents ou autres, d'écrire, ou signer comme témoins, aucun acte sous signature privée, à peine d'interdiction, de nullité desdits actes, et de 200 livres d'amende, sont implicitement abrogées par les lois des 19 septembre 1790, 22 frimaire an VII, et 25 ventôse an XI, ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la cour de cassation, section civile, en date du 30 novembre 1807 (1). Cet arrêt a rejeté le pourvoi formé par la régie, contre un jugement du tribunal de Saint-Omer, qui avait jugée la question en ce sens.

Un avis du conseil d'État, du 26 mars 1808, approuvé le 1er avril suivant, renferme une décision semblable, et qui s'applique non-seulement aux notaires, mais encore aux avoués, greffiers, huissiers et autres gens de pratique et de loi, lesquels peuvent maintenant rédiger, écrire de leur main et signer comme témoins, des actes sous seing privé. Cette décision est tout à fait raisonnable; celui qui signe ces actes comme partie s'approprie, par cela même, l'écriture et tout ce qu'elle renferme ou exprime.

(1) Sirey, 8, 1, 55; Denevers, 5, 172.

Art. II.

De quelle époque les actes sous seing privé ont date à l'égard des tiers.

129. La facilité avec laquelle on pourrait antidater les actes sous seing privé, pour faire fraude aux droits acquis à des tiers, a fait établir en principe que ces actes n'ont de date certaine à l'égard des tiers que du jour seulement où ils ont été enregistrés, ou du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance a été constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire (1). (Art. 1328.)

130. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, les actes sous seing privé qui ont acquis date certaine de l'une de ces manières font foi aussi à l'égard des tiers du fait même de la convention ; ils prouvent *rem ipsam* comme les actes authentiques, et en conséquence ils peuvent servir de base à la prescription de dix et vingt ans à partir du jour où ils ont acquis date certaine. Par la même raison, comme la vente, l'échange et autres actes à titre onéreux, peuvent être faits aussi bien par acte sous seing privé que par acte authentique (art. 1582 et 1707), celui qui a acheté un immeuble par un acte sous seing privé ayant acquis date certaine de l'une des manières exprimées ci-dessus, sera préféré à un acquéreur par acte authentique du même immeuble, auquel la même personne l'aurait vendu postérieurement.

131. M. Toullier, t. 8, n° 242, a toutefois écrit que la disposition de l'art. 1328 n'est pas limitative, mais seulement explicative des circonstances qui le plus communément donnent une certitude à la date des actes sous seing privé; qu'ainsi toutes les fois que cette certitude pourra être acquise par telle ou telle autre circonstance, l'acte fera foi contre les tiers de l'existence de la convention : il prouvera *rem ipsam.*

Cette décision doit être rejetée : il serait à craindre qu'une fois sorti des termes de l'article, l'on ne se jetât dans l'arbitraire, et que l'on ne prétendît voir l'impossibilité de l'antidate dans telle ou telle circonstance où il y aurait seulement invraisemblance que l'acte n'a été fait que depuis cette circonstance.

Doit-on d'ailleurs s'intéresser si vivement au sort des actes sous seing privé quand il s'agit de l'intérêt des tiers, si l'on songe que ceux qui ne les font point enregistrer ont le plus souvent en vue de priver le fisc des droits qui lui sont dus, et que surtout ils exposent ces mêmes tiers à contracter avec un individu qui ne doit plus pouvoir disposer de ce qu'il leur vend, parce qu'il en a déjà disposé au profit d'autres personnes? Non, ces actes sont peu dignes de faveur lorsqu'ils sont opposés aux tiers : celui qui les produit doit s'imputer sa faute de ne leur avoir pas assuré une date qui pût attester leur existence à telle époque, puisque la loi lui en offrait le moyen. Si cette sévérité peut compromettre, dans certains cas, les intérêts de personnes de bonne foi, il faut répondre, avec M. Jaubert, dans son rapport au tribunat sur le projet de loi : « que cet in» convénient est moindre que celui qui résul» terait du système contraire; que le législateur » marchait entre deux écueils; que la crainte » des excès dans lesquels l'intérêt personnel en» traîne certains hommes avait dû le déterminer; » que les contractants seront avertis; que c'est » à eux à prendre leur précaution.... » Ainsi, c'est bien dans un sens restrictif que l'article a été conçu : seulement les procès-verbaux de scellé ou d'inventaire ne sont donnés que comme exemples d'actes publics dans lesquels l'insertion de la substance de l'acte sous seing privé lui assure une date : « *tels* que procès-verbaux » de scellé ou d'inventaire, » dit l'article.

La cour de cassation, par son arrêt du 27 mai 1823 (2), a confirmé cette interprétation, en cassant un arrêt de la cour de Grenoble qui ne l'avait pas suivie : « Vu l'article 1328 du » Code civil, considérant que cet article n'at-

(1) * L'art. 1328 n'est pas applicable à de simples lettres. Il est laissé à la prudence du juge de décider, d'après l'ensemble des circonstances, si la date des lettres produites en justice est ou non sincère et véritable. (Brux., 29 octobre 1829; J. de B., 1830, 34, et J. du 19e s., 1830, 3, 55.)

(2) Sirey, 1823, 1, 297; Dalloz, 21, 131.

» tache la certitude de la date des actes sous » signature privée qu'on oppose aux tiers, *que » dans les trois circonstances précises qu'il déter- » mine*, et qu'aucune de ces circonstances ne » se trouve dans l'espèce de la cause; d'où il » suit qu'en jugeant, malgré cela, que le contrat » de vente dont il s'agit avait acquis une date cer- » taine, au préjudice des demandeurs, la cour » royale de Grenoble a violé les dispositions de » l'article précité, casse, etc. »

Dans l'espèce, il y avait cependant une circonstance bien grave : celui qui produisait l'acte sous seing privé offrait de prouver que le tiers auquel il l'opposait en avait connaissance avant de traiter avec la personne de qui émanait cet acte. C'était un acquéreur d'immeubles, par acte du 30 nivôse an XII, enregistré seulement le 5 juin 1812. Le vendeur avait, le 21 octobre 1808, hypothéqué à son gendre, pour diverses sommes qu'il lui devait, un domaine dont faisait partie l'immeuble vendu, et le gendre connaissait parfaitement l'acte de vente de cet immeuble, qui était d'ailleurs possédé depuis longtemps par l'acquéreur, ce qui démontrait assez clairement qu'il n'y avait pas eu d'antidate. Aussi ces circonstances avaient-elles déterminé la cour de Grenoble à considérer l'acte sous seing privé comme ayant une date certaine *par rapport au gendre, créancier hypothécaire*, au temps où celui-ci avait reçu l'hypothèque et pris l'inscription ; mais l'on vient de voir quel a été le sort de sa décision. En sorte qu'il résulte de celle de la cour de cassation qu'il n'y a même pas lieu de prouver contre un tiers la vérité de la date de l'acte sous seing privé qui lui est opposé, en invoquant d'autres circonstances que celles mentionnées dans l'art. 1328 du Code, et qu'ainsi il n'est pas vrai de dire, avec M. Toullier, t. 8, n° 242, que *la disposition de cet article n'est pas limitative, mais seulement démonstrative* (1).

132. C'est avec bien moins d'hésitation, assurément, que nous rejetons l'opinion du même auteur, lorsqu'il dit que l'acquéreur d'un immeuble par acte sous seing privé n'ayant point acquis date certaine de l'une des manières exprimées à cet article, doit l'emporter, quant à la question de propriété, sur l'acquéreur même par acte authentique, mais postérieur, du même immeuble. Il nous apprend qu'il avait émis l'opinion contraire ; mais que c'était faute de s'être bien pénétré du sens de l'article 1328 et de l'avoir combiné avec l'article 1322. Nous croyons qu'il eût mieux fait de s'en tenir à son premier sentiment : l'on en jugera probablement ainsi d'après les raisons sur lesquelles il appuie le second.

Un acquéreur, dit M. Toullier, est un *ayant cause* du vendeur ; c'est de lui qu'il tire son titre, la *cause* de sa possession ; il est *habens causam ;* il n'est point un *tiers:* en conséquence l'article 1328 ne reçoit pas son application au profit d'un acquéreur quoique par acte authentique. Cet acquéreur ne peut pas dire à un autre acquéreur par acte sous seing privé du même objet ayant une date antérieure à celle de son propre titre, quoique non devenue certaine de l'une des manières exprimées à cet article, qu'il ne reconnaît pas l'existence de cet acte ; car, suivant l'article 1322, l'acte sous seing privé reconnu ou tenu pour reconnu, a, entre les parties, leurs héritiers et *ayants cause*, la même foi que l'acte authentique ; or, l'acquéreur par acte authentique postérieur à l'acte sous seing privé qui lui est opposé, est un *ayant cause* du vendeur ; et puisque l'acquéreur par acte sous seing privé était devenu propriétaire par le fait seul du contrat de vente, encore que la chose n'eût pas été livrée ni le prix payé (art. 1138, 1582 et 1583 combinés), il s'ensuit que le vendeur, qui n'avait plus de droit sur la chose, n'a pu en transmettre ensuite à une autre personne, attendu qu'un vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits qu'il avait sur la chose vendue. (Art. 2182.)

Telle est la substance du raisonnement de M. Toullier, que nous n'avons point affaibli, assurément, en le resserrant, et qu'il applique aux acheteurs, coéchangistes, donataires et autres successeurs à titre particulier à la chose, quoique ayant un titre authentique, attendu que c'est l'art. 1322, et non l'article 1328, qui doit décider la question de propriété entre eux et un premier acquéreur par acte sous seing

(1) * Douai, 11 août 1837 (Sirey, 38, 2, 106) ; Brux., 28 décembre 1839. (J. de B., 1840, 295.)

privé, bien que cet acte n'ait pas acquis une date certaine de l'une des matières exprimées par ce dernier article, puisque ces acheteurs, coéchangistes et donataires sont des *ayants cause* du vendeur, donateur, etc.

133. Cet auteur dit aussi qu'un créancier saisissant n'est par rapport au tiers saisi qu'un ayant cause du débiteur saisi, et par conséquent que le tiers saisi peut lui opposer les payements faits antérieurement à la saisie, quoiqu'ils ne fussent pas constatés par des actes ayant acquis date certaine à l'époque où elle a eu lieu. Cela est incontestable; le saisissant n'exerce que les droits du débiteur saisi sur le tiers saisi : d'où il suit que tous les payements que ce dernier pouvait opposer à son créancier au moment de la saisie, peuvent également être opposés à ce saisissant (1). En disant que le tiers-saisi fera sa déclaration au greffe, et qu'il l'*affirmera,* l'article 571 du Code de procédure fait d'ailleurs clairement entendre que tous les payements faits antérieurement à la saisie pourront être opposés au saisissant, puisque si on ne pouvait lui opposer que ceux qui sont constatés par des actes ayant acquis date certaine antérieurement à la saisie, l'affirmation, qui a pour but d'empêcher autant que possible la collusion entre le saisi et le tiers saisi, serait bien superflue; car tant que la saisie n'existait pas, il ne pouvait y avoir de collusion entre eux au préjudice de ce saisissant. Ce sont les payements faits au préjudice d'une saisie, par conséquent d'une saisie déjà existante, qui sont sans effet à l'égard du saisissant. (Art. 1242). On n'est pas dans l'usage de tirer des quittances authentiques, ni de faire enregistrer celles que l'on reçoit par acte sous signature privée, surtout quand la dette est pour loyers, fermages ou arrérages de rente, et il eût été par trop intolérable d'être obligé de payer de nouveau parce que le créancier se serait exposé à des saisies-arrêts (2).

134. Mais si les acheteurs, les coéchangistes, les donataires, et tous autres qui ont succédé à telle ou telle chose seulement, sont des *ayants cause* de celui qui la leur a transmise, et non des *tiers;* et si, de plus, les créanciers saisissants sont aussi des ayants cause du débiteur saisi, ce que nous ne contestons, au surplus, ni à l'égard des uns ni à l'égard des autres, quels sont donc les *tiers* dont peut vouloir parler l'article 1328, et par rapport auxquels les actes sous seing-privé n'ont de date que de l'une des époques déterminées par ce même article? car enfin il faut bien nécessairement supposer que les *tiers* dont il entend parler, et auxquels l'acte est opposé comme constatant telle ou telle convention, sont des personnes dont le droit dérive du signataire de l'acte ou de son auteur; autrement, étant étrangers à ce qui concernerait cette personne, à tous ses actes, ils ne seraient point dans le cas de les méconnaître, par la raison toute simple qu'ils ne leur seraient point opposés.

Et remarquez que M. Toullier regarde comme bien choisi l'exemple donné par Pothier, qu'un acquéreur sous seing privé sans date certaine ne peut se prévaloir de son titre contre un créancier saisissant du prétendu vendeur; ce qui est très-vrai : en sorte qu'il résulte de la combinaison des différents cas proposés par cet auteur, que l'acquéreur d'un immeuble par acte sous seing privé sans date certaine, peut se prévaloir de son titre envers un autre acquéreur du même objet par acte authentique, pourvu que l'acte sous seing privé soit antérieur (ce qui est précisément le point de la difficulté, car cet acte est-il antérieur à l'acte authentique?), attendu que ce dernier acquéreur est un ayant cause du vendeur, et que

(1) * Brux., 18 janvier 1816; 27 avril 1827 (J. de B., 1816, 1, 211; 1827, 1, 181; J. du 19e s., 1827, 3, 101); Cass., 14 novembre 1836 (Sirey, 36, 893). — Cependant, décidé que les actes passés entre le tiers saisi et le débiteur, contenant la libération de celui-ci, n'ont pas par eux-mêmes date certaine vis-à-vis du saisissant. (Liége, 14 janvier 1815; Rec. de Liége, 5, 565; Brux., 10 avril 1830; J. de B., 1830, 365.)

(2) * Le débiteur d'une rente sur laquelle il a été pratiqué une saisie à la requête du créancier de celui à qui elle est due, ne peut opposer au saisissant une quittance sous seing privée, tant du capital que des arrérages, n'ayant point de date certaine avant la saisie. (Brux., 31 décembre 1819; J. de B., 1819, 2, 254.)

l'acte sous seing privé de celui-ci fait foi de son contenu entre les parties, leurs héritiers et ayants cause (art. 1322); mais que cet acquéreur par acte sous seing privé ne peut pas se prévaloir de son titre contre le créancier qui a saisi l'immeuble avant que l'acte eût acquis une date certaine, parce qu'il est un *tiers* par rapport à ce créancier. Et cependant M. Toullier lui-même dit que les créanciers saisissants sont les *ayants cause* du débiteur saisi; qu'ils sont tels notamment par rapport au tiers saisi : en sorte qu'il fait varier les dénominations selon qu'il croit devoir appliquer l'article 1322, ou bien l'article 1328.

135. Mais est-ce ainsi qu'on doit les entendre et les combiner? Nous ne le croyons pas.

Faisons d'abord observer qu'il y a une sorte d'inconséquence dans la base du système de l'auteur. Il dit que le second acheteur est un ayant cause du vendeur, et d'après cela que l'acte sous seing privé passé par ce dernier, et reconnu ou tenu pour reconnu, fait foi contre cet ayant cause; et néanmoins que le vendeur n'avait plus de droit lorsqu'il a consenti l'acte authentique, qu'il était dépouillé de la propriété de l'objet vendu, puisqu'il l'avait déjà transportée à une autre personne, quoique ce fût par un acte sous seing privé, la vente et la translation de propriété qui en résulte, pouvait avoir lieu aussi bien par acte sous seing privé que par acte authentique : et que c'est parce qu'il n'avait plus de droit, que l'acheteur par acte sous seing privé doit l'emporter, quant à la question de propriété, sur l'acheteur par acte authentique. Mais si le vendeur n'avait plus de droit lorsqu'il a fait la seconde vente, ce qui est vrai, comment peut-on dire que le second acheteur est son *ayant cause?* comment être l'ayant cause de celui qui n'avait plus de *droit?* En laissant de côté cette inconséquence, voyons ce qu'on doit entendre par *ayant cause* dans le sens de l'art. 1322.

Ce mot *ayant cause* est une expression générique, employée pour indiquer la qualité d'une personne qui exerce les droits d'une autre personne quant à telle ou telle chose, telle ou telle prétention, tel ou tel droit : *quæ habet ejus causam.* Sous ce point de vue général, un héritier légitime est un ayant cause du défunt; ceux qui sont appelés aux successions irrégulières, c'est-à-dire l'enfant naturel, le conjoint survivant et l'État, sont aussi des ayants cause; les donataires et les légataires universels ou à titre universel sont pareillement des ayants cause; car les uns et les autres tirent la *cause* de leur droit, ou leur titre, du défunt, du donateur ou testateur.

Mais comme ces *successeurs* irréguliers, des donataires ou légataires, ne sont pas des héritiers proprement dits, l'on sent pourquoi le mot *ayant cause* ajouté au mot *héritiers,* dans l'art. 1322, n'est point une rédondance.

Les acheteurs, les cessionnaires, les coéchangistes, les donataires et légataires à titre particulier, sont aussi des ayants cause du vendeur, du cédant, coéchangiste, donateur ou testateur, puisque évidemment aussi ils tirent leur titre, la *cause* de leur possession, leur droit, en un mot, de la personne qui le leur a conféré.

Tous ces successeurs, soit à la personne, soit à telle chose seulement, sont réellement des *ayants cause*, et il en est de même de tous les créanciers qui exercent, conformément à l'article 1166, les droits et actions de leur débiteur : ils sont ses ayants cause, *causam ejus habentes.* Ils exercent, à cet égard, *sa cause;* ils l'ont, sinon en propre, comme un cessionnaire, du moins en vertu d'un mandat tacite.

Il faut en dire autant des créanciers qui font saisir-arrêter entre les mains d'un tiers ce que celui-ci doit à leur débiteur (1).

L'usufruitier et l'usager sont aussi des ayants cause du propriétaire, en ce qui concerne le droit d'usufruit et d'usage, puisqu'ils le tiennent de lui, ou de son auteur.

Il en est de même de celui qui a reçu un droit de servitude sur l'héritage de son voisin, et d'un créancier qui a reçu une hypothèque sur les biens de son débiteur.

(1) * Cass., 14 novembre 1836; Bourges, 3 février 1836; Toulouse, 7 décembre 1838. (Sirey, 36, 1, 893; 37, 2, 11; 39, 2, 225); — Les quittances sous seing privé du débiteur sont opposables aux créanciers, bien qu'elles n'aient acquis date certaine que depuis la saisie. (Toulouse, 7 décembre 1838; Sirey, 39, 2, 225).

136. Mais l'art. 1322 n'entend évidemment parler que des ayants cause seulement qui sont *personnellement* tenus de l'exécution de l'acte sous seing privé comme ayant succédé à l'obligation de la personne qui l'a souscrit, puisqu'il s'agit de l'exécution d'une obligation dans cet article. Pour eux, en effet, l'acte sous seing privé, reconnu ou tenu pour reconnu, fait foi de ce qu'il renferme, abstraction faite de sa date; car, représentant la personne du signataire, ce qui est vrai par rapport à lui est également vrai par rapport à eux, à quelque époque que cet acte ait lieu; sauf à eux à opposer la prescription, s'il y échet.

Un *tiers*, au contraire, est celui qui est étranger à la convention intervenue entre deux personnes, et qui n'est point tenu, comme héritier ou successeur de l'une ou l'autre de ces personnes à quelque autre titre, des engagements de cette personne. Ce tiers peut bien être l'*ayant cause* de l'une d'elles, ainsi qu'un acheteur ou un donataire est ayant cause du vendeur ou du donateur par rapport à la chose vendue ou donnée, mais il est étranger au traité fait par ce vendeur ou donateur avec une autre personne, quoique ce traité eût pour objet la chose vendue ou donnée : seulement il est obligé de souffrir l'exercice des droits qui étaient régulièrement imposés au profit d'autres individus sur la chose au moment où il l'a reçue. Mais pour cela, il est nécessaire que ceux qui prétendent avoir acquis ces droits en justifient par des actes faits à cette époque; or un acte sous seing privé pouvant facilement être antidaté, il ne prouve pas par lui-même la réalité de la date qu'il porte à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties à cet acte, et qui ne représentent pas, comme tenus de ses obligations, le signataire : pour eux, la date n'est censée exister que du jour seulement où elle est devenue certaine de l'une des manières exprimées à l'article 1328. Car ils peuvent dire avec raison que rien ne prouve que l'acte existait au temps où ils ont acquis leurs droits; il a pu être fait depuis. Au lieu que cela ne peut se dire par ceux qui sont tenus de remplir les engagements du signataire de l'acte, puisqu'il est décédé, et que d'ailleurs à quelque époque qu'il les ait contractés, cela est indifférent, tant que l'obligation subsiste encore (1).

137. M. Toullier, continuant son argumentation, dit que l'acquéreur par acte sous seing privé d'un droit d'usufruit sur un immeuble, peut faire valoir son titre contre l'acquéreur par acte authentique de la propriété pleine et entière de cet immeuble, si l'acte sous seing privé a une date antérieure à celle de l'acte authentique, quoique cette date ne soit pas devenue certaine de l'une des manières exprimées à l'art. 1328; attendu que ce titre a conféré à l'usufruitier un droit dans la chose, *jus in re*. Au lieu, dit-il, qu'un fermier, dans le même cas, ne pourrait faire valoir son bail contre l'acquéreur, si le bail n'avait acquis date certaine antérieurement à l'aliénation de l'immeuble, vu qu'il n'a conféré au fermier qu'une simple action personnelle contre le bailleur, *tantùm jus ad rem*.

La contradiction de principes est ici palpable. En effet, si l'acquéreur par acte authentique est un ayant cause du vendeur vis-à-vis de l'usufruitier, et si, à ce titre, il doit souffrir l'exécution de l'acte sous seing privé, parce que

(1) * Les actes sous seing privé obligatoires, souscrits par le mari, doivent avoir acquis date certaine avant la mort de la femme pour pouvoir être opposés aux héritiers de celle-ci. (Gand, 5 avril 1833; J. de B., 1833, 496.)

La femme qui a obtenu la séparation de corps ou de biens, doit être considérée comme tiers, dans le sens de l'art. 1328 du Code civil, relativement aux actes sous seing privé, souscrits par son mari. De tels actes ne forment pas même contre la femme, un commencement de preuve par écrit. (Brux., 11 mars 1829; J. de B., 1829, 1, 244; J. du 19e s., 1829, 3, 190.)

L'héritier du mandant est tiers dans le sens de cet article. Et ainsi la prolongation d'un bail consentie par acte sous seing privé du mandataire, ne fait pas foi contre les héritiers du mandant et au profit du locataire ou fermier. (Brux., 5 septembre 1818; J. de B., 1818, 2e, 241. *V.* en sens contraire, Bordeaux, 22 janvier 1827; J. du 19e s., 1827, 2, 65; Sirey, 27, 2, 770.)

Le domaine ne peut être considéré comme *tiers* dans le sens de l'art. 1328 du Code civil, relativement aux actes sous seing privé, souscrits par les corporations supprimées. En conséquence, la date de la cession d'une rente consentie par les corporations est réputée véritable à l'égard du domaine jusqu'à ce qu'il établisse que l'acte ne porte pas sa date réelle. (Brux., 5 avril 1837; J. de B., 1838, 17; *V.* Brux., 30 octobre 1823; J. de B., 1823, 2, 253.)

cet acte porte une date antérieure à celle du sien, il est également l'ayant cause du vendeur par rapport à un fermier, et, comme tel, il doit pareillement souffrir l'exécution du bail fait par le vendeur antérieurement à la vente, quoique ce bail n'eût pas alors acquis une date certaine; car sa qualité d'ayant cause est une; elle ne peut pas exister vis-à-vis de l'un et ne pas exister vis-à-vis de l'autre. La différence dans la nature du droit de l'usufruitier et du droit du fermier est absolument sans effet à cet égard. S'il était l'héritier du vendeur, au lieu d'être un simple ayant cause, il serait bien obligé de faire jouir le fermier comme l'usufruitier; or, quant à l'application de l'art. 1322, il ne devrait y avoir, suivant M. Toullier lui-même, aucune différence à ce sujet entre cet ayant cause et un héritier, puisque l'article porte la même disposition pour l'un comme pour l'autre. De plus, si le bail avait acquis une date certaine antérieure à celle de l'acte authentique de l'acheteur, celui-ci ne pourrait expulser le fermier (article 1743), et cependant cette circonstance n'aurait pas changé la nature du droit de bail; seulement elle en aurait assuré plus pleinement l'effet à l'égard d'un acquéreur. Cela se réduit donc à une question de date; eh bien! il en doit être de même à l'égard d'un usufruitier ou d'un autre acheteur par acte sous seing privé du même immeuble, attendu que l'acquéreur qui a lui-même un acte authentique ou un acte sous seing privé ayant date certaine depuis telle époque, n'est obligé comme *ayant cause* de son vendeur, d'avoir égard aux actes faits par celui-ci relativement à la chose vendue, qu'autant que ces actes sont antérieurs au sien, puisque s'ils étaient postérieurs, ils auraient été faits par un individu qui n'ayant plus de droits sur la chose, n'avait plus par conséquent qualité pour les faire; ce qui ramène toujours la question, comme on le voit, à un question de date. Or, c'est l'art. 1328 qui la décide entre ceux qui sont *des tiers les uns par rapport aux autres,* quoiqu'ils soient d'ailleurs les uns et les autres des *ayants cause* de la personne d'où ils tirent tous leur droit.

138. Si un acheteur est un ayant-cause du vendeur, ce que, encore une fois, nous sommes loin de contester, un créancier hypothécaire est également, quant à son droit d'hypothèque sur l'immeuble, un ayant cause du débiteur qui le lui a consenti : on ne voit même pas comment il pourrait en être autrement; aussi son hypothèque est-elle subordonnée à la validité du droit du débiteur sur l'immeuble (art. 2125); et cependant l'on a vu plus haut, par l'arrêt de cassation que nous avons cité, que le créancier hypothécaire n'était point tenu d'exécuter l'acte de vente sous seing privé sans date certaine antérieure à la constitution de l'hypothèque, quoiqu'il eût connaissance de la vente au moment où il a reçu l'hypothèque, et quoique l'immeuble fût déjà depuis longtemps dans la main de l'acquéreur.

139. Et, on le demande, quel est l'acquéreur, même par acte authentique, qui pourrait, dans le système de M. Toullier, se flatter de conserver l'objet de son acquisition tant qu'il n'en aurait pas acquis la propriété par le moyen de la prescription? Comment, par exemple, pourrais-je empêcher que Paul, qui m'a vendu et livré tel immeuble depuis six ou huit ans, ne le vendît encore à une autre personne, par un acte sous seing privé, auquel, par une fraude si facile à commettre, l'on donnerait une date antérieure à mon titre? Il encourrait la contrainte par corps comme stellionataire, dit M. Toullier. Voilà vraiment une belle garantie! je n'en aurai pas moins perdu ma propriété, et à quoi me servira de le faire emprisonner, s'il est insolvable? de le nourrir à mes dépens....

Mais, dit encore le même auteur, si l'acte sous seing privé ayant une date antérieure à celle de l'acte authentique, ne devait pas prévaloir sur lui, il n'y aurait point de sûreté pour ceux qui traitent par acte sous seing privé. A cela, nous répondrons avec M. Toullier lui-même, qu'ils auront à exercer la contrainte par corps contre le vendeur stellionataire, puisque, suivant lui, c'est une puissante garantie. D'ailleurs, en admettant que cet inconvénient fût aussi réel et aussi grave que celui que nous venons de signaler, ce que nous sommes bien éloigné de croire assurément, il y aurait toujours quelque chose qui choquerait la raison dans un système qui ferait prévaloir des actes

sous seing privé sans date certaine, sur des actes authentiques, ou même sur des actes sous seing privé ayant acquis date certaine. Vous dites que le vôtre est antérieur au mien; moi, je soutiens qu'il a été fait seulement hier, et peut-être ne me trompé-je point : où est la preuve de son antériorité? sa date? Mais vous l'avez pu mettre, cette date, ainsi que bon vous a semblé; au lieu que je prouve d'une manière irrécusable la date du mien. Votre acte ne peut donc pas plus m'être opposé qu'une contre-lettre.

140. Au surplus, l'art. 1328 n'est généralement point applicable aux créanciers d'un failli qui se présentent pour être admis à participer aux distributions du dividende commun, ou pour concourir au concordat, s'il y a lieu d'en faire un avec le failli. On ne peut pas exclure ces créanciers sur le seul fondement que leurs titres n'ont point acquis une date certaine antérieurement à l'ouverture de la faillite: ce serait anéantir la confiance si nécessaire au commerce. Parmi les créanciers porteurs d'effets de commerce, ordinairement il n'y a que ceux qui ont été obligés de faire protester pour défaut de payement qui aient fait enregistrer leurs titres; ceux dont les titres n'étaient point encore exigibles au moment de la faillite n'ont pas eu de motifs de remplir cette formalité, et ne l'ont point remplie. Or, si les autres créanciers étaient en droit de les exclure, sur le seul fondement que leurs titres n'ont pas acquis date certaine au moment de l'ouverture de la faillite, et qu'ainsi les actes ont pu avoir été consentis par le failli depuis la faillite et avoir été antidatés, le dividende commun n'appartiendrait, la plupart du temps, qu'à un petit nombre de créanciers, et le commerce souffrirait le plus grave préjudice d'un tel système. Aussi n'en est-il pas ainsi : l'usage constant, au contraire, est de les admettre également au passif de la faillite, sauf au tribunal, s'il y a contestation sur la sincérité de telle créance, si l'on prétend que la cause en est simulée, ou que l'obligation n'a été souscrite que depuis l'ouverture de la faillite et qu'on l'a antidatée, à apprécier les circonstances de la cause, et à rejeter la créance, s'il apparaît qu'elle n'est point légitime. Il en est de même des créances pour marchandises livrées sur simple facture ou en compte courant, ainsi que des travaux d'ouvriers : ces diverses créances ne sont même point ordinairement constatées par des actes, et néanmoins elles sont également admises après vérification et affirmation (1).

141. La raison est la même dans les matières civiles : un créancier qui, dans le cas de saisies-arrêts ou de saisies-exécutions faites par d'autres créanciers, forme opposition sur les deniers, ne doit pas être exclu de la distribution, sur le seul fondement que son titre n'aurait pas de date certaine antérieure aux saisies. Ce qu'il importe, ce n'est pas de savoir depuis quelle époque il est créancier, mais de savoir s'il est créancier; car, quoiqu'il ne le fût devenu que depuis les saisies, il serait encore en droit de concourir avec les saisissants ou autres opposants, tant que ceux-ci n'auraient pas touché les deniers, ou que la clôture de la distribution, s'il y en avait une, n'aurait pas été faite par le juge-commissaire. Seulement sa créance sera vérifiée, comme celle des autres, et si elle n'est pas légitime, elle sera rejetée; si elle n'est pas contestée, elle sera admise, après affirmation.

142. Des créanciers ont toutefois été admis, dans l'espèce suivante, à écarter un acte sous seing privé, sur le fondement que cet acte n'avait pas de date certaine; mais l'espèce était bien différente de celles sur lesquelles nous venons de raisonner.

Un débiteur, qui avait été condamné par défaut, faute d'avoir constitué avoué, déclara ensuite par acte sous seing privé sans date certaine, tenir le jugement pour exécuté, y acquiescer et renoncer au droit d'y former opposition et appel. Le créancier avait pris, en vertu de l'art. 2123 du Code civil, inscription

(1) * Les syndics d'une faillite sont des tiers dans le sens de l'art. 1328 du Code civil, relativement à celui qui réclame des marchandises qu'il prétend avoir achetées du failli, par acte sous seing privé, antérieurement à la faillite. (Brux., 21 septembre 1816; J. de B., 1816, 2, 255.)

hypothécaire sur les biens du débiteur. Plus de six mois s'écoulèrent dans cet état de choses, et les autres créanciers prétendirent ensuite que le jugement était réputé non avenu, aux termes de l'art. 156 du Code de procédure, pour n'avoir pas été exécuté dans les six mois du jour de son obtention, et en conséquence que les hypothèques prises en vertu de ce jugement étaient sans cause légale; que l'acte sous seing privé, par lequel le débiteur avait tenu le jugement pour exécuté, y acquiescer et renoncer au droit d'y former opposition et d'en interjeter appel, étant un acte sans date certaine, qui avait pu être fait depuis la péremption du jugement, il ne pouvait leur être opposé, parce qu'ils étaient évidemment des tiers par rapport à celui qui l'avait obtenu; qu'ainsi, aux termes de l'art. 1328 du Code civil, cet acte n'ayant point de date à leur égard, il devait être écarté de la cause par rapport à eux. La cour d'Amiens adopta ces conclusions, par arrêt du 17 août 1815, et sa décision fut confirmée en cassation, par arrêt du 10 nov. 1827 (1).

Cependant nous devons faire observer que la cour de Caen a jugé le contraire dans une espèce semblable (2). Elle a pensé que l'acte sous seing privé dont il s'agit équivalait à une exécution du jugement, puisque, d'après l'article 159 du Code de procédure, le jugement est réputé exécuté lorsqu'il résulte d'un acte quelconque, que l'exécution a été nécessairement connue de la partie défaillante, et en conséquence que le jugement n'avait point été atteint par la disposition de l'art. 156 du même Code; que l'acte, quoique sous seing privé et sans date certaine, pouvait être opposé aux créanciers, sauf à eux à l'attaquer sous le rapport de la fraude, s'il y avait lieu. Mais c'était supposer ce qui était précisément en question, qu'il avait été fait dans les six mois du jour où le jugement avait été rendu; aussi, nous croyons que la première de ces décisions est plus conforme aux principes, quoiqu'elle puisse paraître rigoureuse.

Art. III.

Des actes contenant des conventions synallagmatiques.

143. Suivant l'article 1325, « les actes sous » seing privé qui contiennent des conventions » synallagmatiques, ne sont valables qu'autant » qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il » y a de parties ayant un intérêt distinct.

» Il suffit d'un seul original pour toutes les » personnes ayant le même intérêt.

» Chaque original doit contenir la mention » du nombre des originaux qui ont été faits (3).

» Néanmoins, le défaut de mention que les » originaux ont été faits doubles, triples, etc., » ne peut être exposé par celui qui a exécuté » de sa part la convention portée dans l'acte. »

144. Cette disposition était inconnue dans le droit romain, et elle n'a même été introduite dans la jurisprudence française que vers l'année 1736, par quelques arrêts du parlement de Paris, sans qu'aucun édit ou ordonnance ait été rendu à ce sujet, comme on peut le voir par l'article *Double écrit*, au Répertoire de M. Merlin, et l'arrêt de la cour de cassation du 17 août 1814 (4).

On est parti de cette idée, que chacun des contractants, dans les conventions synallagmatiques, devait avoir le moyen de contraindre l'autre à l'exécution de la convention, s'il s'y refusait, et qu'il était nécessaire pour cela que l'acte fût fait en autant d'originaux qu'il y aurait de parties ayant un intérêt distinct.

Du reste, ce n'a pas été sans opposition que cette doctrine des doubles, qui a fait naître de graves difficultés, a fini par s'enraciner dans notre jurisprudence (5), et par devenir un prin-

(1) * Dalloz, 18, 408.

(2) Arrêt du 26 avril 1814. (Sirey, 1814, 2, 401; Dalloz, 18, 404; Carré, nº 850.)

(3) * Le défaut de mention du nombre des originaux, dans un acte synallagmatique sous seing privé, n'emporte pas nullité de la convention.

L'acte dans lequel se trouve cette omission, peut servir de commencement de preuve par écrit, pour faire admettre la preuve testimoniale. (Brux., 2 août 1837; J. de B., 1837, 334.)

(4) Sirey, 15, 1, 18; Denevers, 12, 483.

(5) Elle avait été repoussée par le parlement de Paris lui-même, comme contraire aux principes du droit, par arrêt du 3 septembre 1680, rapporté par Brillon, dans son Recueil, vº *Bail*.

cipe du Code; mais ce qui est important, ce n'est pas d'en faire la critique, c'est de bien l'entendre et de bien l'appliquer aux cas qui peuvent se présenter.

145. Les contrats de vente, de louage, de société, les actes de partage, les constitutions d'emphytéose, les compromis, les transactions, et quelques autres actes encore, étant des conventions qui emportent des obligations à remplir de chaque côté, de véritables conventions synallagmatiques, il est nécessaire que les actes sous seing privé qui sont faits pour les constater, soient faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; sinon l'acte est nul. Nous verrons bientôt si la convention elle-même l'est également (1).

146. Mais il faut bien remarquer que le principe lui-même n'est applicable qu'aux actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques emportant des obligations à remplir par chacune des parties, ou des sacrifices ou renonciations à certains droits de la part de l'une d'elles avec obligation pour l'autre de faire ou de payer telle chose, ou bien des renonciations de part et d'autre, et non pas à tout contrat synallagmatique de sa nature.

Ainsi, un contrat de vente est un contrat synallagmatique de sa *nature*, quoique l'une des parties l'ait exécuté sur-le-champ, soit en payant le prix comptant, soit en livrant la chose vendue, et cependant, dans le cas, par exemple, où je vous vends et livre actuellement cent hectolitres de froment, moyennant 2,000 fr., que vous vous obligez à me payer dans six mois, il est clair qu'il n'est pas besoin de faire un double original de l'acte que nous faisons, et qui constate que vous avez reçu de moi, à titre d'achat, ces cent hectolitres de froment; car, quoique votre engagement ait sa cause dans un contrat synallagmatique de sa nature, néanmoins, par le fait de l'exécution de mon obligation, cet engagement, en réalité, est purement unilatéral. Vous n'avez en effet pas besoin d'un acte pour me contraindre à remplir l'obligation qui en serait résultée pour moi, d'après les principes de la vente, si elle n'eût pas été exécutée, puisqu'elle est remplie; moi seul ai besoin d'un acte contre vous. Seulement il faudra que cet acte, comme contenant une promesse d'un seul côté, soit fait suivant le vœu de l'article 1326, que nous analyserons bientôt.

En sens inverse, si c'est vous qui avez exécuté sur-le-champ le contrat, en me payant comptant le prix des cent hectolitres de froment, que je me suis obligé de vous livrer dans un certain temps, il suffit que vous ayez un acte, et que cet acte soit fait selon le vœu de cet article, puisqu'il n'y a que moi qui aie des obligations à remplir.

D'ailleurs, dans l'un comme dans l'autre cas, chacune des parties a exécuté le contrat, l'une en payant ou livrant, l'autre en recevant; or, nous démontrerons bientôt que l'exécution empêche celle qui l'a faite, d'argumenter du défaut de double comme du simple défaut de mention du nombre d'originaux qui ont été faits ou qui ont dû être faits.

147. En général, les promesses de vente, sont des conventions vraiment synallagmatiques, lorsqu'il y a consentement sur la chose et le prix; aussi, dans ce cas, valent-elles vente (article 1589) : elles sont obligatoires pour l'une comme pour l'autre des parties, et par conséquent l'acte qui les constate doit être fait en double original. Mais rien ne s'oppose à ce que je m'oblige à vous vendre ma maison en tel mois, telle année, moyennant la somme de tant, sans que vous vous obligiez pour cela à l'acheter; et *vice versâ*, rien ne s'oppose à ce que

(1)* Il faut considérer comme licite et obligatoire l'acte par lequel une personne s'engage envers une autre à lui vendre un bien déterminé, moyennant tel prix, aussitôt que cette autre personne lui aura fait connaître par écrit son acceptation, pourvu qu'elle le fasse dans le délai fixé. Il ne faut pas qu'il soit fait en double. (Brux., 23 mars 1831; J. de B., 1831, 1, 164; J. du 19e s., 1831, 3, 128.)

Il n'est pas requis qu'un acte sous seing privé, contenant vente, soit fait en double original, lorsque l'acte constate le payement du prix; en un tel cas, les obligations de l'acquéreur vis-à-vis du vendeur se trouvant remplies, il suffit d'un original pour l'acquéreur, afin qu'il puisse contraindre le vendeur à remplir les siennes. (Gand, 25 mars 1834; Brux., 9 juin 1834; J. de B., 1834, 468 et 372.)

vous vous obligiez à acheter ma maison à telle époque, moyennant telle somme, sans que je m'oblige de mon côté à vous la vendre : ce sont là des obligations purement unilatérales, et très-valables (art. 1134), parce qu'elles n'ont rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, ni à la nature des contrats, puisqu'il y a des contrats unilatéraux. (Art. 1103.) Les circonstances dans lesquelles les parties ont traité peuvent parfaitement expliquer pourquoi elles n'ont pas fait une convention synallagmatique. Les achats à l'essai, ou sous une condition protestative de la part de l'acheteur, sont d'ailleurs des engagements à peu près de même nature. Aussi Pothier (1) ne balance-t-il pas à regarder ces simples promesses de vendre ou d'acheter, sans réciprocité, comme parfaitement valables. Or, dans ce cas, le principe général de l'article 1325 n'est point non plus applicable : il suffit d'un acte fait simple, remis à la partie envers laquelle l'autre s'est obligée.

148. Cependant le parlement de Paris, confondant les promesses de vendre ou d'acheter, sans réciprocité, avec les ventes proprement dites ou avec les promesses réciproques, jugea qu'un acte, par lequel M. l'archevêque de Reims s'était simplement soumis à acheter *l'hôtel Conti*, moyennant 450,000 francs (sans qu'il paraisse par les faits rapportés par l'arrêtiste que le propriétaire se fût obligé de son côté à vendre), était un acte nul, pour n'avoir pas été fait double. *Voy.* l'arrêt dans Denizart, au mot *Doubles.* Mais s'il a réellement été rendu dans le cas d'une promesse d'acheter, sans réciprocité, il ne saurait faire jurisprudence.

149. Et comme d'après l'article 109 du Code de commerce, les achats et les ventes entre commerçants se constatent non-seulement par des actes publics ou sous signature privée, ou par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé des parties, mais encore par *une facture acceptée*, par *la correspondance*, par les livres des parties, et par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croit devoir l'admettre, il est clair que l'article 1325 du Code civil n'est point applicable à ces sortes d'affaires. C'est ce qu'a jugé la cour de Trèves, par arrêt du 30 mai 1810 (2). Nous verrons plus loin à partir de quand l'affaire est censée conclue lorsqu'elle se traite par correspondance.

150. De plus, on regarde bien les contrats de dépôt, de commodat, de mandat et de gage, comme des contrats qui participent de la nature des contrats synallagmatiques, en ce que si le dépositaire, l'emprunteur, le mandataire et le créancier gagiste ont fait quelque dépense pour la conservation de la chose, ou pour l'exécution du mandat, ils ont une action pour être indemnisés; ce qui fait que Pothier appelle ces contrats *synallagmatiques imparfaits* (3). Mais il n'est cependant pas nécessaire que l'acte sous seing privé qui les conteste soit fait en double original : il suffit que le déposant, etc., ait un titre pour réclamer la chose déposée, et l'article 1985 porte que le mandat peut être donné par *lettre.* La plupart des procurations reçues par notaires sont même délivrées en brevet. Aussi la doctrine des *doubles* n'a-t-elle jamais été étendue à ces contrats, parce que les obligations qui peuvent en résulter pour le déposant, le mandant, etc., sont généralement des obligations qui naissent après le contrat, *ex post facto*, du fait même des dépenses. Toutefois, en matière de dépôt et de commodat, il faut observer le prescrit de l'article 1326, ainsi que nous le dirons plus loin.

Quant à l'application de l'article 1325, il ne pourrait y avoir de doute que dans le cas où le dépositaire ou le mandataire aurait *stipulé* un salaire, ce qui est autorisé par le Code (article 1928 et 1999) sans que le contrat cesse pour cela d'être un véritable contrat de dépôt ou de mandat; à la différence des principes purs du droit romain, où l'affaire par cette circonstance, aurait passé au nombre des contrats innommés, *contractus innominati,* et où les actions, par conséquent, auraient été différentes. La stipulation de ce salaire donne en effet au contrat le

(1) *Contrat de vente*, part. 6, chap. 1, nos 478 et suiv.
(2) Denevers, 1811. Suppl., page 136.

(3) *V.* ce que nous avons dit sur la nature de ces contrats au tome X, no 68.

caractère d'un véritable contrat synallagmatique, puisque les deux parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre. (Art. 1102.) Néanmoins, même dans ce cas, nous ne croyons pas qu'il y ait nécessité de faire l'acte en double original, puisque, quant au mandat, l'art. 1985 porte indistinctement qu'il peut être donné même par lettre; et quant au cas de dépôt, il y a parité de motifs. Il y a d'ailleurs une raison particulière pour le décider ainsi, c'est que ces deux contrats peuvent cesser à la volonté du déposant ou du mandant (art. 1944 et 2004); en sorte que l'obligation de ceux-ci de payer le salaire n'aura que la durée qu'ils voudront lui donner, à la charge, bien entendu, de payer ce qu'il y aura d'échu du salaire. Aussi ne faudrait-il pas étendre cette décision à un louage d'ouvrage : l'acte devrait être fait en double original; car non-seulement le contrat est parfaitement synallagmatique, mais, de plus, irrévocable de sa nature (1).

151. Et l'acte doit être fait en double non-seulement dans les contrats où chacune des parties s'oblige à faire ou à donner quelque chose qu'elle ne donne pas ou qu'elle ne fait pas actuellement, mais encore dans les conventions où l'une d'elles seulement s'oblige à faire ou à donner quelque chose dans un certain temps, quand l'autre, de son côté, renonce pour cela à certains droits, à certaines prétentions; car cette renonciation est un engagement de ne pas demander la chose à laquelle la partie a renoncé : c'est une obligation *de ne pas faire telle chose*, mise en balance avec l'obligation de l'autre partie, de faire ou de donner telle autre chose ; ce qui donne parfaitement à la convention le caractère de convention synallagmatique. De même, les conventions par lesquelles chacune des parties renonce à certains droits, sans même s'obliger à rien payer ensuite, sont aussi des conventions synallagmatiques, et l'acte qui les constate doit être fait en double original : aussi toujours les transactions, et autres conventions analogues, veulent-elles être faites en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, si l'acte est sous seing privé.

152. Ainsi, il y a convention synallagmatique, et en conséquence l'acte doit être fait en double original, lorsqu'un tiers se rend caution d'une dette déjà exigible sous l'engagement pris par le créancier de n'en exiger le payement qu'à l'expiration d'un terme convenu, ou de renoncer à des poursuites commencées contre le débiteur, ou sous tout autre engagement. La caution ne s'étant obligée que sous la foi de cet engagement, il ne doit pas être laissé au libre arbitre du créancier d'en profiter si cela lui semble avantageux, et cependant de ne pas exécuter la condition sous laquelle le cautionnement a été donné, en renonçant au bénéfice de ce cautionnement, si cela entrait ensuite mieux dans ses intérêts; or, c'est ce qu'il pourrait faire sans obstacle sérieux si lui seul avait un acte. La question a été jugée plusieurs fois en ce sens : à la cour de Paris, le 16 décembre 1814, et à la cour de Douai, le 27 août 1817. Ces deux décisions ont été confirmées en cassation, la première, par arrêt de la section civile, rendu après un mûr délibéré, le 14 mai 1817 ; et la seconde, par arrêt de la section des requêtes, du 23 juillet 1818 (2).

153. D'après cela, un traité fait entre un mineur devenu majeur et son tuteur, par lequel le tuteur s'oblige à payer une somme de..., moyennant quoi le mineur renonce à toute répétition et réclamation pour faits de tutelle, doit, même pour être obligatoire pour le tuteur, être fait en double original, s'il est fait par acte sous seing privé; car, quoique l'ex-mineur ne s'y oblige pas à payer quelque chose de son côté, l'acte n'aura pas moins le carac-

(1) * La vente avec réserve d'usufruit faite par acte sous seing privé, doit être rédigée en double original, bien que l'acquéreur ait payé son prix et que l'acte en porte quittance. (Cass., 31 janv. 1837; Sirey, 37, 1, 333.)

(2) Ces divers arrêts et les espèces sur lesquelles ils ont été rendus, sont rapportés au répertoire de M. Favard de Langlade, v° *Acte sous seing privé*, sect. 1, § 2. Cependant, d'après un arrêt de cassation du 26 octobre 1808, rapporté aussi au même endroit, il semblerait que ce n'est pas dans tous les cas où l'une des parties renonce à quelque droit déjà acquis, qu'il est nécessaire de faire l'acte en double original; mais cet arrêt a été rendu dans une espèce particulière, et le principe n'en est pas moins vrai.

tère d'une convention synallagmatique, par les renonciations qui y sont faites. Autre chose serait, selon nous, un simple arrêté de compte; dans ce cas, l'acte, bien que fait simple, serait valable comme reconnaissance de la part du tuteur, quoiqu'il soit, au reste, plus prudent, et plus avantageux pour celui-ci, de le faire en double original, et de remplir les conditions voulues par l'art. 472, afin que l'ex-mineur ne revienne pas sur les faits de la tutelle (1).

Cela s'applique aussi, en général, à d'autres gestions.

154. Nous avons dit qu'il suffit d'un seul original pour toutes les personnes qui ont le même intérêt. Or, deux associés qui traitent avec un tiers ont le même intérêt, c'est-à-dire un intérêt commun; l'intérêt de l'un d'eux n'est point *distinct* de celui de l'autre.

Il en est de même de deux copropriétaires d'une maison, par exemple, qui traitent avec un entrepreneur ou architecte, pour y faire des réparations ou constructions : ils sont en quelque sorte associés quant à la maison.

Il faudrait même le décider ainsi dans le cas de vente de la maison : un seul original suffirait pour les deux copropriétaires vendeurs. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de cassation, section des requêtes, du 2 mars 1808 (2), a décidé que des enfants cohéritiers traitant avec leur mère relativement à ses reprises sur la succession de son mari, ne sont pas censés avoir des intérêts distincts et séparés, lorsqu'aucun d'eux n'élève de prétentions qui lui soient exclusivement personnelles; et qu'en ce cas il suffit d'un seul original pour tous les cohéritiers.

Par la même raison, deux personnes qui achètent en commun un même objet, pour un seul et même prix, sont censées aussi avoir le même intérêt. Elles forment entre elles une société quant à la chose achetée, *nam societatem coire et* RE *et verbis*... (L. 4, ff. *pro socio.*) Un seul original pour elles suffit donc.

Sans doute, dans ces divers cas, la personne à laquelle l'original est remis peut, en s'entendant avec l'autre partie, se jouer de la convention au préjudice de son cointéressé; mais c'est la faute de ce dernier de n'avoir pas exigé un double, et d'avoir mal placé sa confiance. En disant qu'un seul original suffit pour tous ceux qui ont le *même intérêt*, l'art. 1325, en effet, ne peut pas vouloir entendre uniquement par là ceux qui auraient à eux seuls, et chacun d'eux pour le tout, la totalité du droit qui est l'objet du traité, puisque deux personnes ne peuvent pas plus avoir, chacune d'elles, la totalité d'une chose ou d'un droit, dans toute l'étendue de ce mot, que deux personnes ne peuvent siéger simultanément à la même place, pour nous servir de la comparaison du jurisconsulte Paul, au sujet de la possession : *Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quàm ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto ; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.* (L. 3, § 5, ff. *de acquir. vel amitt. poss.*). Les créanciers solidaires eux-mêmes, pour lesquels assurément un seul original suffirait, n'ont pas chacun la totalité du droit, dans toute l'étendue du mot, puisque chacun n'a pas le pouvoir d'en faire remise pour la totalité, ni de déférer au débiteur le serment pour la totalité. (Art. 1198 et 1365.)

Par *le même intérêt*, l'art. 1325 entend donc les cas où l'intérêt de l'une des parties est lié à celui de l'autre, loin de l'exclure; ce qui aurait précisément lieu si l'une d'elles avait absolument *tout* le droit (3).

(1) * L'acte par lequel l'oyant compte reconnaît avoir reçu le solde du compte, et par lequel il l'approuve dans tout son contenu sans aucune observation ni réserve, est de sa nature unilatéral et ne pourrait être réputé bilatéral et soumis comme tel aux formalités prescrites pour ces actes, que s'il énonçait en même temps des engagements respectifs qui auraient été pris pour obtenir cette approbation. (Brux., cass., 18 juillet 1831; J. de B., 1831, 1, 235; J. du 19e s., 1831, 3, 228; Dalloz, 21, 136, nos 6, et 140.)

(2) Sirey, 1808, 1, 232.

(3) * Lorsqu'un acte énonce qu'il a été fait en double, la preuve testimoniale n'est pas admissible contre cette énonciation.

On ne peut dire qu'il y ait trois intérêts distincts dans l'acte susdit, et partant nécessité de rédiger l'acte en triple, par cela qu'un des deux frères, outre son legs universel, était institué légataire par préciput de tous les meubles. (Brux., 1er août 1839; J. de B., 1839, 145.)

Lorsqu'un acte de partage de la communauté conjugale est fait sous seing privé entre l'époux survivant et les héritiers de l'épouse décédée, lesquels ont tous le même

155. Mais lors même que plusieurs ont un intérêt commun, pour qu'ils soient valablement obligés par l'acte, il n'en faut pas moins que cet acte soit signé par tous sur le double de l'autre partie; autrement il n'y aurait d'obligés que ceux qui l'auraient signé.

Il faut excepter toutefois le cas où celui ou ceux qui auraient signé avaient mandat des autres pour traiter.

Aussi, dans les sociétés commerciales en nom collectif, la signature du gérant, sous la raison sociale, oblige tous les associés, même solidairement. (Art. 22, Code de comm.)

156. Au surplus, il n'est pas nécessaire que tous les doubles soient signés par tous les contractants. Il arrive même souvent que l'on ne signe pas celui que l'on retire, et quand bien même la partie viendrait à mourir avant de l'avoir signé, ou que l'autre partie n'aurait pas signé le sien, l'acte n'en serait pas moins bon pour cela. C'est ce qu'a jugé le parlement de Paris, à l'époque même où il s'est si décidément prononcé pour cette doctrine abstruse des doubles (1). En effet, le double que je retire n'a pas pour objet de m'obliger; dès lors, à quoi bon est-il nécessaire que je le signe?

157. Le Code ne prescrit pas non plus de revêtir d'un *approuvé l'écriture* le double que l'on n'a pas écrit soi-même, quoiqu'il soit d'usage de le faire, et utile pour l'autre partie de l'exiger, afin que la signature soit moins facilement déniée ou méconnue.

158. Il n'exige pas non plus que celui qui n'a pas écrit le double remis à l'autre partie, y mette un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose promise, ainsi qu'il l'exige, sous certaines exceptions, par l'art. 1326, lorsqu'il s'agit de billets ou de simples promesses unilatérales, non écrits en entier de la main du débiteur : d'où il suit que la nullité de l'acte ne pourrait être demandée pour cette cause. Les nullités ne s'étendent pas d'un cas à un autre.

159. Il n'est pas prescrit non plus de mettre en toutes lettres les sommes ou la quantité des choses promises, ou de mettre un *bon* ou *approuvé* de ces sommes, quoiqu'il soit fort dangereux de les mettre en chiffres, à cause de la facilité de faire des surcharges, additions et suppressions de chiffres. Mais le Code ne contenant aucune disposition à cet égard, et la loi sur le notariat ne portant même, par son article 13, qu'une simple amende de cent francs contre le notaire qui a mis les sommes ou la date en chiffres, et non la nullité de l'acte, il n'y aurait pas lieu à la prononcer pour cette cause, encore que l'acte ne fût point revêtu d'un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres ou en chiffres la somme ou la quantité de la chose.

160. Comme on l'a vu, l'article 1325 exige qu'il soit fait mention sur chaque original du nombre d'originaux qui ont été faits. C'est afin que la partie qui ne voudrait pas exécuter la convention ne prétendît, en supprimant son double, que l'acte n'a pas été fait en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct; qu'ainsi n'ayant eu de son côté aucun moyen de contraindre l'autre partie à l'exécution de la convention, elle ne doit pas elle-même y être contrainte. Mais lorsqu'elle a exécuté l'engagement, alors, d'après l'art. 1325 lui-même, elle est non recevable à opposer le défaut de mention du nombre d'originaux qui ont été faits. Elle a démontré par là qu'elle se regardait comme suffisamment liée (2).

intérêt, il suffit de deux doubles, l'un pour l'époux survivant, l'autre pour les héritiers de l'époux décédé. (Brux., 29 janvier 1818; J. de B., 1818, 1, 212.)

Lorsque, dans un contrat de vente sous seing privé, le créancier du vendeur intervient à l'acte et accepte la délégation du prix d'achat, il doit être regardé comme ayant un intérêt distinct dans la convention, et en conséquence l'acte est non valable s'il n'a été fait triple. (Brux., 18 décembre 1817; J. de B., 1817, 2, 304; Dalloz, 21, 145.)

(1) Arrêt du 27 mars 1738; Denisart, vo *Doubles*. (*Brux., 4 avril 1829; J. de B., 1829, 1, 430; J. du 19e s., 1830, 3, 125.)

(2) * Un individu qui a fait sous seing privé une convention avec un autre individu est fondé à demander en justice la reproduction de cet acte par son cocontrac-

161. Dans le cas même où l'acte n'aurait réellement pas été fait en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct, et que cela serait avoué, celle qui a exécuté de son côté la convention portée dans l'acte ne peut non plus opposer le défaut réel de doubles originaux, quand bien même ce ne serait pas à elle que l'acte simple aurait été remis, et quoiqu'il l'eût été à l'autre partie, et non à un tiers pour le garder en dépôt (1).

Peu importe que l'article 1325, dans sa dernière disposition, ne parle que *du défaut de mention* du nombre d'originaux qui ont dû être faits, comme purgé par l'exécution volontaire, et qu'il garde le silence sur le défaut réel de doubles, de triples originaux, etc.; car l'article 1338 porte d'une manière générale que l'exécution volontaire, à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte sujet à la nullité ou à rescision.

La cour de Gênes avait toutefois jugé le contraire, dans l'espèce d'un compromis non fait double, et exécuté par celui qui ensuite en demanda et obtint la nullité; mais sa décision a été cassée, par arrêt du 15 février 1814, en ces termes :

« Vu le § 1er de l'article 1325 et le § 3 de » l'article 1338 du Code civil; et attendu » qu'aux termes du dernier de ces articles, » l'exécution volontaire des conventions em» porte la renonciation aux moyens et excep» tions que l'on aurait pu opposer aux actes » qui les contiennent; que cette disposition » générale est applicable à tous les cas, à moins » d'une exception expresse; qu'il n'en existe » point par rapport aux actes privés et synal» lagmatiques non écrits en autant d'originaux » qu'il le faut; qu'on ne peut pas même l'in» duire du silence de l'article 1325 cité, sur » l'effet de l'exécution volontaire de ces actes; » qu'au contraire le motif de la disposition fi» nale de cet article s'applique tout aussi bien » au défaut réel du nombre des originaux pres» crits, qu'au défaut de mention de ce nombre; » attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué, » qu'il y a eu de la part du défendeur exécu» tion volontaire de l'acte du compromis; » qu'ainsi la nullité de cet acte, qui résulte du » défaut de doubles originaux, était couverte à » son égard, et qu'elle n'a pu être prononcée » par l'arrêt attaqué, que par une fausse ap» plication de la première partie de l'art. 1325, » et par une violation expresse de la troisième » partie de l'article 1338 du Code civil : par » ces motifs, la cour casse et annule l'arrêt » rendu entre les parties par la cour d'appel » de Gênes, le 12 décembre 1812, et tout ce » qui a pu s'ensuivre. »

Un autre arrêt de la même cour, mais de simple rejet de pourvoi, du 13 février 1812 (2), avait déjà décidé que la comparution volontaire devant des arbitres nommés par un compromis non fait double, est une exécution du compromis, et couvre la nullité résultant du défaut du double exigé par l'article 1325 du Code.

Ainsi, il est désormais bien constant que l'exécution volontaire couvre également et le défaut réel de double, et le défaut de mention que l'acte a été fait double, triple, etc. Le défaut de cette mention ramène en effet la question au cas où l'acte n'a pas été fait en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct, par la facilité qu'a l'une des parties, en supprimant ou cachant son double, de prétendre que l'acte a été fait simple; or, si l'exécution volontaire de sa part la rend non recevable à opposer le défaut de mention que l'acte a été fait en double original, par le même motif elle doit la rendre non recevable à opposer le défaut réel de doubles, puisque, au fond, c'est ce dont elle se plaindrait dans un cas comme dans l'autre.

162. Et quoique l'une des parties seulement ait payé, fait ou donné, l'exécution de l'acte n'en doit pas moins, dans la plupart des cas, être considérée comme commune à tous deux, pour y avoir concouru également, l'une en

tant, encore qu'il porte qu'il a été fait en double dont chacun a retenu le sien. (Brux., 15 avril 1827; J. du 19e s., 1828, 3, 33.)

(1) * Brux., 27 novembre 1824; 21 mars 1834; et Liége, 24 mars 1834; J. de B., 1824, 2, 269; 1834, 214 et 425.

(2) Sirey, 1814. 1, 135.

payant, l'autre en recevant. Par exemple, on ne doit pas douter que le vendeur ne doive être considéré comme ayant exécuté la vente, en recevant tout ou partie du prix de la chose vendue, quoiqu'il ne l'ait point encore livrée ; et, *vice versâ*, que l'acheteur n'ait exécuté le contrat, en recevant tout ou partie de la chose vendue, quoiqu'il n'ait encore rien payé du prix. Car, à quelle autre fin que celle de l'exécution de l'acte, l'un aurait-il reçu la somme, et l'autre la chose? C'est bien là une approbation tacite de la convention, et il en doit naître une fin de non-recevoir à critiquer désormais l'acte destiné à la constater.

163. Mais *quid juris* lorsqu'il n'y a pas encore eu d'exécution, et que l'acte n'a pas été fait suivant le vœu de l'article 1325?

Ce qui a été dit plus haut sur le cas de l'acte authentique nul par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public, ou par un défaut de forme, et qui ne vaut pas non plus comme écriture privée, faute d'avoir été signé par toutes les parties qui y ont contracté des obligations, est également applicable ici. En conséquence, il faut distinguer si les parties ont entendu ne traiter que par l'écrit qui a eu lieu *in scriptis*, suspendant ainsi l'effet de leur consentement jusqu'à la rédaction de l'acte, qui devait non-seulement le constater, mais encore le sanctionner, ou bien si elles ont traité d'abord purement et simplement, d'une manière définitive, et n'ont ensuite rédigé un acte que pour la preuve seulement de leurs engagements. Et pour apprécier leur intention à cet égard, les circonstances de l'affaire, qui peuvent varier à l'infini, serviront de guide aux juges.

Les développements dans lesquels nous sommes entrés à ce sujet au tome X, nos 84 et suivants, en rapportant le sentiment de Vinnius, de Pothier, du président Fabre, et de quelques autres jurisconsultes, peut généralement conduire à la solution de la question.

En effet, l'acte et la convention ne sont pas une seule et même chose, puisque les conditions *essentielles* à la validité des conventions en général (1), sont celles-là seulement qui sont fixées par l'article 1108, et développées dans les articles suivants ; c'est-à-dire, le consentement des parties, la capacité de s'obliger, un objet à l'obligation, et une cause licite de l'engagement; car l'on consent valablement même sans écrit, puisque la preuve par écrit n'est pas la seule que le Code ait admise. Il ne parle même des *actes*, au chapitre VI de ce titre, que comme *preuve* des obligations et de leur payement, et non comme condition essentielle à leur validité ; et s'il est dit dans l'article 1341 « qu'il doit être passé acte devant notaire, ou » sous signature privée, de toutes choses excé» dant la somme ou la valeur de 150 fr., » c'est seulement quant à la preuve, et pour établir que celle par témoins ne peut, en principe, être reçue au delà de cette valeur, mais nullement pour faire des actes ou écrits une condition *nécessaire* à la validité des conventions ordinaires. Aussi l'orateur du gouvernement disait-il au corps législatif, en présentant le projet de loi sur la *vente* à son approbation : « L'écriture » n'est exigée dans la vente que *tantùm ad pro*» *bationem*, et la vente aura tout son effet, s'il » conste d'ailleurs de son existence; mais la » preuve n'en pourra avoir lieu que conformé» ment aux règles touchant la preuve des con» ventions. »

D'après cela, l'on doit dire que si les parties ont eu l'intention de ne traiter que par écrit, *in scriptis*, et de suspendre en conséquence leur consentement jusqu'à la rédaction d'un acte complet par leurs signatures, il n'y a point de contrat, point d'obligation, si l'acte qu'elles ont fait est nul, puisque c'est comme s'il n'y en avait pas eu du tout ; c'est comme si l'une d'elles s'était refusée à en passer un, ce qu'elle pouvait très-bien faire, dans cette hypothèse, ainsi que nous l'avons démontré à l'endroit précité, en citant à cet égard la loi 17, au Code, *de fide instrumentorum*, dont la décision est reproduite aux Institutes, tit. *de emptione et venditione*. La convention, ainsi suspendue, n'était qu'un projet, que l'acte nul n'a pu réaliser. La partie assignée en exécution de cette

(1) Nous disons *en général*, parce que, dans quelques cas, comme ceux de donation entre-vifs, les contrats de mariage, les conventions d'hypothèque, il faut même un acte authentique pour la validité de la convention.

convention, et interrogée sur faits et articles, à la requête du demandeur, ou à qui celui-ci déférerait le serment sur l'existence même de cette convention, pourrait donc avouer ce qui s'est passé sans craindre d'être condamnée ; car son aveu et son serment ne sauraient être divisés.

Mais si, au contraire, il y a eu convention arrêtée définitivement avant de passer l'acte, de manière que cet acte ne devait servir que pour la prouver, et non pour la compléter et la sanctionner ; si les parties, en un mot, ont réglé toutes les conditions de leur traité, si les paroles ont été données de part et d'autre, et que l'on ait remis à un autre jour à passer l'acte, parce que l'on ne pouvait pas, par telle ou telle circonstance, le passer dans le moment ; alors la convention, ainsi parfaite, doit recevoir son exécution, si elle est prouvée par d'autres moyens que l'acte. Car il serait contraire à la raison que cet acte, qui a été fait ensuite pour en fournir la preuve, servît à la détruire. Dès qu'il est nul, il doit purement et simplement être écarté de la cause.

Or, les conventions peuvent être établies par témoins lorsqu'il ne s'agit pas d'une valeur excédant 150 francs, et elles peuvent l'être aussi, quelle que soit la valeur de l'objet, par l'aveu des parties, et par le serment ou le refus de le prêter, puisqu'il peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, *encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.* (Art. 1358 et 1360 combinés.)

Si donc l'une des parties prétend que la convention a été pleinement arrêtée avant l'acte, que cet acte n'a ensuite été fait que pour la preuve, elle est en droit selon nous, de faire interroger l'autre sur ce fait ; et de lui déférer le serment, soit que l'acte fait simple lui ait été remis ou qu'il l'ait été au défendeur, soit qu'ayant réellement été fait double, la mention du nombre des originaux qui en ont été faits ne se trouve pas sur le double qui a été produit. Et si la partie interrogée avoue que la convention a été arrêtée, conclue définitivement avant l'acte, ou si celle à qui le serment a été déféré par l'autre, refuse de le prêter, sans le référer à son adversaire, elle doit être condamnée à exécuter l'engagement. Mais si elle soutient, au contraire, qu'elle n'a entendu être obligée que par l'acte, cet acte étant nul, il n'y a pas d'obligation, car son aveu ou son serment ne doit pas être divisé. Tels sont, nous le croyons, les vrais principes.

On prétend toutefois que le serment ne doit pas pouvoir être déféré dans ce cas, parce que, dit-on, la loi actuelle exige évidemment qu'il y ait égalité de position entre ceux qui forment des conventions synallagmatiques, et que cette égalité de position n'existe pas lorsque l'une des parties seulement est munie d'un titre qui peut servir à confondre son adversaire, à le convaincre de parjure, si celui-ci prête un faux serment, tandis qu'elle n'aurait rien à craindre de semblable, si c'était à elle que le serment fût déféré, et que ce fût à elle aussi que l'acte fait simple eût été remis; qu'en pareil cas la convention est nulle comme l'acte lui-même, ou, en d'autres termes, que l'acte et la convention ne forment qu'une seule et même ohose : d'où il suit qu'il n'y aurait pas même lieu à faire interroger sur faits et articles, que ce serait le cas de l'adage *frustrà probatur quod probatum non relevat.*

A cela nous répondrons que, d'après la distinction ci-dessus, il y a égalité de position entre les parties. En effet, celle à qui le serment serait déféré par celle qui a en sa possession l'acte fait simple, ne succomberait pas en avouant ce qui s'est passé, si la convention n'avait réellement pas été définitivement arrêtée avant l'acte; et elle ne pourrait être considérée comme ayant prêté un faux serment pour avoir, dans cette hypothèse, juré qu'il n'y a pas eu convention définitive; que la convention était subordonnée à la confection et perfection d'un acte, et que cet acte n'a point été fait d'une manière parfaite; qu'elle n'a entendu s'obliger que sous cette condition, qui ne s'est point réalisée, car, comme nous l'avons déjà dit, son aveu ou son serment ne saurait être divisé. Mais si sa conscience s'oppose à ce qu'elle fasse sa déclaration en ces termes, parce que la convention a réellement été arrêtée et parfaite avant la rédaction de l'acte, nous disons, d'après les principes développés ci-dessus,

que cette partie n'est point dans une position judiciaire différente de celle de l'autre partie, puisqu'elle eût pu également déférer le serment, le serment pouvant être déféré généralement en toute matière, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est déféré. (Art. 1358 et 1360.)

D'ailleurs, en admettant que par le fait il y eût inégalité de position sous ce rapport entre les parties, ce que nous ne croyons pas, parce que nous n'avons à nous occuper que de leur *position judiciaire* et non de leur *position morale,* on dira avec raison que c'est tant pis pour celle qui se retranche dans un vice de forme, pour se refuser à exécuter un engagement dont on l'a fait juge elle-même. Lorsqu'on a introduit cette doctrine des doubles, assurément on n'a pas entendu exclure le serment décisoire, et les articles 1358 et 1360 sont aussi la preuve que les rédacteurs du Code ne l'ont pas non plus voulu.

164. Mais l'acte dont il s'agit ne pourrait, selon nous, servir de commencement de preuve par écrit, soit pour faire admettre la preuve testimoniale, soit pour autoriser le juge à déférer le serment supplétoire, ou à se décider par le secours de présomptions graves, précises et concordantes; il doit être écarté de la cause. Le Code exige égalité de position et de moyens de preuve dans ce qui forme des conventions obligatoires de part et d'autre, et cette condition manque évidemment à l'égard de la partie qui n'a pas eu d'acte, ou qui est censée n'en avoir pas eu si celui qui est produit par l'autre partie ne contient pas la mention du nombre d'originaux qui ont dû être faits. D'ailleurs, la preuve morale étant complète par l'acte lui-même, la preuve testimoniale ne serait plus qu'un vain simulacre, dont l'admission, quoique bien superflue pour opérer la conviction des juges, aurait pour effet de rendre obligatoire à l'égard de l'une des parties seulement, un engagement dont l'autre pouvait se jouer à son gré. Que cette dernière défère le serment; qu'elle fasse aussi interroger son adversaire sur l'existence de la convention arrêtée définitivement avant l'acte, soit : celui-ci pouvait en faire autant; de sorte que l'égalité de position judiciaire (et la loi n'en exige pas d'autre) existe parfaitement sous ce rapport, ainsi que nous venons de le démontrer. Mais elle n'existerait pas, si l'acte, quoique nul, donnait à l'un d'eux le moyen de faire admettre la preuve par témoins pour établir la convention, quand l'autre serait privé de cet avantage.

165. Le délai de dix ans depuis l'acte n'en purge pas le vice, selon nous. Comme l'acte n'est point obligatoire, s'il n'a pas été confirmé par l'exécution volontaire de la part de celui à qui on l'oppose, il n'y a pas d'action en nullité ou en rescision à intenter contre ce même acte : par conséquent l'art. 1304 n'est point applicable à ce cas. A toute époque où l'exécution en serait demandée, la partie pourrait opposer qu'elle n'est point liée par cet acte, par ce qu'il était nul de plein droit. Il doit être considéré comme n'existant pas.

Art. IV.

Des billets et simples promesses unilatérales.

166. Voyons maintenant la seconde espèce d'acte sous seing privé dont le Code détermine les effets, ceux qui ne contiennent des obligations que d'un seul côté, à la différence de ceux dont traite l'art. 1325, qui en contiennent, au contraire, de réciproques.

« Le billet ou la promesse sous seing privé, » porte l'art. 1326, par lequel une seule partie » s'engage envers l'autre à lui payer une somme » d'argent ou une chose appréciable, doit être » écrit en entier de la main de celui qui le » souscrit, ou du moins il faut qu'outre sa si» gnature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un » *approuvé* portant en toutes lettres la somme » ou la quantité de la chose :

» Excepté dans le cas où l'acte émane de » marchands, artisans, laboureurs, vignerons, » gens de journée et de service. »

167. C'est, avec quelques modifications, la disposition de la déclaration du 22 septembre 1733, enregistrée le 14 octobre suivant, et qui portait :

« Voulons que tous billets sous signature » privée, au porteur, à ordre ou autrement » *causés pour valeur en argent*, autres néan- » moins que ceux qui seront faits par des » banquiers, négociants, marchands, manu- » facturiers, artisans, fermiers, vignerons, » manouvriers, et autres de pareille qualité (1), » seront de nul effet et valeur, si le corps du » billet n'est de la main de celui qui l'aura si- » gné, ou du moins si la somme portée audit » billet n'est reconnue par une approbation » écrite en toutes lettres aussi de sa main; » faute de quoi le payement n'en pourra être » ordonné en justice.

» Voulons néanmoins que celui qui refusera » de payer le contenu auxdits billets ou pro- » messes, soit tenu d'affirmer qu'il n'en a point » reçu la valeur; et à l'égard de ses héritiers » ou représentants, ils seront seulement tenus » d'affirmer qu'ils n'ont aucune connaissance » que lesdits billets soient dus. »

La déclaration contenait, en outre, une disposition transitoire pour les billets ou promesses faits antérieurement à sa publication.

168. On avait eu pour objet de prévenir les fraudes et les surprises, qui peuvent facilement se commettre, soit par l'abus d'un blanc seing confié pour mandat ou autre cause, ou d'une signature trouvée par hasard, soit en portant dans un billet ou promesse véritable une somme plus considérable que celle qui était due, ou autre chose que ce qui était dû; car l'expérience avait démontré depuis longtemps que beaucoup de personnes, par confiance et légèreté, signent des actes sans en lire attentivement le contenu.

Cependant plus d'un jurisconsulte ont pensé que cette loi était également mauvaise et dans sa disposition principale et dans son exception; qu'elle était bonne seulement en ce qu'elle donnait aux juges un moyen de proscrire, comme *irréguliers*, des actes que leur conscience rejetait comme faux ou comme sans cause réelle, sans en avoir la preuve judiciaire, mais que dans beaucoup de cas aussi elle a servi à des débiteurs de mauvaise foi pour se dispenser d'acquitter les dettes les plus légitimes.

Et quant à la plupart des personnes exceptées de la disposition, ce sont précisément celles qui peuvent être plus facilement victimes d'une surprise et d'une fraude, à raison de leur peu d'habitude de lire des actes. Mais d'un autre côté, on ne voulait pas les obliger à recourir au ministère d'un notaire pour des obligations ordinairement de peu de valeur.

169. Une précédente déclaration, de 1730, ne s'appliquait pas seulement aux *billets* ou promesses *causés pour valeur en argent*, comme celle de 1733, elle s'appliquait à toute espèce de billets ou de promesses sous seing privé, même aux *quittances*, et elle ne contenait aucune exception à raison de la qualité des signataires; mais elle ne fut enregistrée qu'aux parlements de Dijon et de Besançon, et l'art. 1326 ne s'applique pas aux quittances.

170. La déclaration de 1733 ne s'appliquait disons-nous, qu'aux billets au porteur, à ordre ou autrement, *causés pour valeur en argent*, tandis que l'art. 1326 du Code s'applique, dans sa disposition principale, à toute espèce de billets ou de promesses, quelle qu'en soit la cause et quel qu'en soit l'objet, *somme d'argent ou une chose appréciable*. En effet, l'abus d'un blanc seing peut avoir lieu pour toute autre chose qu'une somme, et à la place d'une somme due, l'on pourrait, par surprise, mettre aussi une autre chose.

171. Aussi a-t-il été jugé, par arrêt de cassation du 12 janvier 1814 (2), qu'il s'applique à une reconnaissance de dépôt; et l'arrêt a décidé en outre :

1° Que la femme d'un marchand n'est pas pour cela seul réputée marchande, et qu'il n'y a pas lieu, en conséquence, de la placer dans la classe des personnes à l'égard desquelles la seconde partie de l'art. 1326 fait exception;

(1) C'est-à-dire qu'on avait entendu excepter de la disposition, « les actes nécessaires pour le commerce, ou » faits par des gens occupés aux arts et métiers, ou à la » culture des terres, » ainsi qu'il était dit dans le préambule de la déclaration.

(2) Sirey, 1814, 1, 33.

2° Que lorsqu'une reconnaissance de dépôt est nulle pour n'avoir pas été faite suivant le vœu de la disposition principale du même article, il n'y a pas lieu d'examiner si le dépôt a profité à l'incapable auquel il a été fait; que dans ce cas, l'article 1926 est inapplicable.

Ce dernier point est le seul qui présente quelque difficulté.

Dans l'espèce, une somme de 668 francs avait été remise à titre de *dépôt* à une femme mariée non autorisée de son mari, qui était marchand. La reconnaissance n'avait pas été écrite en entier de la main de la femme, et elle n'était point non plus revêtue du *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme reçue, par conséquent la somme que la femme était obligée de restituer, de payer.

Après la mort de la femme, la restitution du dépôt fut demandée à son mari, qu'elle avait institué son héritier, et qui opposa que sa femme n'avait pu s'obliger valablement sans être autorisée; qu'en tout cas, l'acte produit n'était pas conforme au vœu de l'article 1326; qu'il n'avait jamais eu connaissance du dépôt, et qu'il ne connaissait pas la signature de sa femme.

Le tribunal d'Autun déclara la reconnaissance valable en la forme, en quoi nous pensons qu'il avait tort, et il ordonna la vérification de la signature : et « Attendu que d'après l'ar» ticle 1923 du Code civil, le dépôt doit être » prouvé par écrit seulement; que ces sortes » d'actes ne sont astreints à aucune forme; que » l'art. 1326 du même Code n'est pas applica» ble à l'espèce; que le fût-il, la femme Chan» garnier se trouverait dans l'exception que » contient cet article, puisque son mari était » marchand, et qu'elle suit sa condition (1); » attendu, au regard de la régularité de l'acte » de dépôt dont il s'agit, que, quoique la femme » n'ait pu obliger son mari sans une autorisa» tion formelle, il résulte des dispositions de » l'art. 1926 du même Code qu'elle a pu s'en» gager elle-même; que par la loi de l'équité, » si elle existait aujourd'hui, elle ne pourrait » se soustraire à la demande qu'on lui forme» rait en restitution des 668 francs qui ont été » portés dans l'acte dont se prévalent les deman» deurs; qu'ayant institué son mari son héri» tier, il est passible de toutes les actions que » l'on pourrait avoir contre elle; que, quoiqu'on » ne puisse faire la revendication de ce dépôt, » il y a action en restitution d'icelui, ayant » tourné à l'avantage du dépositaire; que ces » principes se trouvent établis par les plus ha» biles jurisconsultes, et notamment par Po» thier, dans ses *Traités des contrats de bien-* » *faisance* et *des obligations;* d'où il suit que » c'est le cas de rejeter les exceptions du dé» fendeur. »

Pourvoi en cassation pour contravention à l'article 1326 du Code civil, violation des articles 217 et 225, et fausse application de l'article 1926; et, par arrêt du 12 janvier 1814, cassation et annulation, en ces termes :

« Vu l'art. 1326 du Code civil, et attendu » 1° que si l'art. 1923 du même Code exige » qu'un acte de dépôt ne puisse être constaté » que par écrit, il ne s'ensuit pas que l'acte qui » le constate soit dispensé des formes que la » loi a exigées par l'article 1326; attendu » 2° qu'un écrit portant reconnaissance du » dépôt d'une somme d'argent ne peut être » considéré que comme un acte unilatéral, dont » l'effet est d'obliger le dépositaire à rendre la » somme qui lui a été confiée; d'où résulte » que s'il n'est pas écrit de la main du déposi» taire, il ne peut être valable que par l'appro» bation de la somme y énoncée; attendu » 3° que le jugement attaqué n'énonce point » que la femme Changarnier fît un commerce » séparé, ni même qu'elle fût dans l'usage de » tenir les écritures ou de signer pour son mari, » et qu'en conséquence il a faussement appli» qué à l'espèce de la cause, l'exception énoncée » audit article 1326, sous le seul prétexte que » la femme, suivant la condition de son mari » qui était marchand, n'était point obligée de » se conformer à la première disposition du » même article; attendu 4° qu'en appliquant à

(1) Ce qui n'était nullement exact, car il ne s'agissait pas de *nationalité :* aussi l'art. 220 ne répute-t-il la femme marchande publique, que lorsqu'elle fait un commerce distinct de celui de son mari, et non quand elle ne fait que détailler les marchandises de ce dernier.

» la même espèce la disposition de l'art. 1926 » du même Code, sous le prétexte que la femme » Changarnier avait profité de la somme dé» posée, le jugement attaqué a commis une » erreur de droit, en ce que cet article suppose » nécessairement que le dépôt fait à la per» sonne incapable l'a été dans une forme qui » l'aurait valablement obligée sans son incapa» cité, et que dans l'espèce, la femme Chan» garnier, eût-elle été libérée de la puissance » maritale, n'aurait pu être valablement obligée » en vertu d'une reconnaissance qui ne con» tient point d'approbation de la somme dé» posée; la cour casse et annule, etc. (1). »

Au surplus, comme l'obligation qui naît d'un dépôt se forme par la remise de la chose, et non par l'écrit, si la réalité du dépôt fait à l'incapable était établie par d'autres voies; s'il était pareillement justifié que la chose a tourné en tout ou partie à son profit, il n'est pas douteux que l'incapable n'en fût tenu, nonobstant la nullité de l'acte fait pour constater le dépôt. Mais dans l'espèce, le jugement ne constatait pas d'une manière spéciale que la femme, ou son mari, s'était enrichi du dépôt réclamé.

172. La cour de cassation a pareillement jugé, par arrêt de cassation, le 7 juin 1793, que la déclaration de 1733 s'appliquait à un arrêté de compte. Il y a bien moins de doute que l'art. 1326 ne s'y applique, puisqu'il est applicable à toute promesse de payer une somme ou une chose appréciable, et non pas seulement, comme la déclaration, aux billets ou promesses *causés pour valeur en argent.*

173. Sa jurisprudence n'a toutefois pas été uniforme sur le point de savoir si la déclaration s'appliquait aux actes portant constitution de rente, ainsi qu'on peut le voir par deux arrêts, l'un du 17 thermidor an x (2), rendus dans le sens de l'affirmative (3), et l'autre du 13 fructidor an xi (4), rendu dans le sens de la négative. On s'est, en général, déterminé par les circonstances de la cause. Mais, sous le Code, il ne peut être douteux que ces actes ne soient soumis aux mêmes conditions et formalités que les autres actes portant promesse par une seule partie de payer une somme ou *une chose appréciable.*

174. Bien mieux, la cour de Paris a décidé qu'une reconnaissance d'argent prêté, faite dans un bail sous seing privé, était soumise à la disposition de l'art. 1326. La surprise peut en effet exister dans ce cas comme dans celui d'une promesse ordinaire.

175. Cette cour avait jugé, le 8 pluviôse an x (5), que la déclaration de 1733 était inapplicable à l'obligation particulière d'une caution, dans une espèce où, bien entendu, le débiteur principal était régulièrement obligé; autrement la caution aurait pu invoquer l'exception de nullité, qui eût été réelle. Mais la cour de cassation, au contraire, a décidé, par arrêt de cassation, le 18 février 1822 (6), que le cautionnement donné par une femme non marchande publique, à un billet à ordre souscrit par son mari non commerçant, était nul, parce que ce cautionnement, non écrit par elle, n'était pas revêtu d'un *bon* ou *approuvé* de sa main, portant en toutes lettres la quantité de la chose cautionnée, quoiqu'il y eût d'ailleurs au bas un *approuvé l'écriture*, de sa main, et mis avant sa signature. Cette approbation, en effet, n'était pas celle exigée par la loi.

(1) * La qualité de laboureur, dans le sens de l'art. 1326 du Code civil, appartient non-seulement à celui qui laboure les terres pour compte d'autrui, mais aussi à celui qui, à la campagne, fait valoir ses propres terres, se livre lui-même aux travaux de l'agriculture et en fait sa profession habituelle.

Son billet est valable quoique non écrit de sa main, et quoiqu'il n'ait pas approuvé la somme en toutes lettres. (Gand, 20 juin 1836; J. de B., 1836, 344; Grenoble, 22 août 1829; Nîmes, 4 janvier 1830; Sirey, 30, 2, 76 et 184.)

(2) *Jurisprudence du tribunal de cassation*, an x, 1, 353.

(3) * *V*. dans le même sens, Toulouse, 25 novembre 1833; Solon, no 93; Sirey, 34, 2, 317.

(4) Sirey, 4, 2, 25. — Cet arrêt est approuvé par Toullier, 8, no 305, comme conforme aux vrais principes.

(5) Sirey, 2, 318.

(6) *V*. l'arrêt dans le répertoire de M. Favard, vo *Acte sous seing privé*, sect. 1, § 3, no 8.

Ainsi, cet arrêt juge nettement que le cautionnement sous seing privé qui n'est pas un acte de commerce est soumis à la disposition de l'article 1326, encore qu'il soit donné à la suite de l'acte cautionné. Et il faudrait le décider ainsi, quoiqu'il fût donné dans le corps même de l'acte : la caution doit mettre aussi son approbation, en toutes lettres, de la somme ou de la chose pour laquelle elle cautionne le débiteur, si l'acte n'est pas écrit en entier par elle, et si elle ne se trouve pas d'ailleurs dans la classe des personnes exceptées de la disposition.

176. Autre chose serait du cautionnement ou de l'aval, mis, même par un non-commerçant, à un billet à ordre souscrit par *un négociant* à un autre négociant, ainsi que l'a jugé la même cour, par arrêt de cassation, le 25 janvier 1814 (1). Les tiers, en effet, auxquels le billet est transmis avec l'aval ou cautionnement, ne peuvent connaître la qualité du donneur d'aval, et la bonne foi et la sûreté du commerce exigent que leur titre soit protégé contre ses réclamations, fondées seulement sur l'inobservation du prescrit de l'art. 1326 du Code civil. La *nature* de l'effet cautionné le veut ainsi.

177. L'on sent qu'il en doit être de même, à plus forte raison, d'un aval mis à une lettre de change, même par un non-négociant; car ce donneur d'aval devient par cela même justiciable des tribunaux de commerce comme le souscripteur de la lettre : il fait par là acte de commerce.

Aussi la cour de cassation a-t-elle jugé, le 10 messidor an XI, que la déclaration de 1733 ne s'appliquait pas, dans sa disposition principale, aux lettres de change souscrites même par des non-négociants (2).

Au lieu qu'elle a décidé, au contraire, le 27 janvier 1812, qu'elle s'appliquait, ainsi que l'article 1326, aux billets même à ordre souscrits par des non-négociants (3).

C'est la différence qui existe entre ces deux espèces d'effets qui a motivé la diversité de ces décisions. Celui qui, quoique non-commerçant, souscrit une lettre de change, a-t-on dit, se place tellement dans la classe des commerçants quant aux conséquences de son engagement, qu'il est justiciable des tribunaux de commerce, et contraignable par corps, comme le serait un commerçant; tandis que le souscripteur d'un billet à ordre est si peu réputé commerçant pour ce fait, qu'il n'est pas justiciable du tribunal de commerce, à moins que le billet n'ait eu pour cause une opération commerciale; seulement si le billet a des signatures de commerçants et de non-commerçants, le tribunal de commerce est bien compétent pour en connaître, mais il ne peut prononcer la contrainte par corps que contre les individus commerçants et ceux qui se sont engagés pour opération de commerce. Tout cela ressort de la combinaison des articles 632, 636 et 637 du Code de commerce.

Mais si la lettre de change était réputée simple promesse, aux termes des articles 112, 113 et 114 du même Code, alors l'article 1326 du Code civil serait applicable soit au signataire, soit au donneur d'aval, sauf les exceptions tirées de la qualité des personnes (4).

178. Et l'on doit même décider que la disposition principale s'applique au billet à ordre souscrit par un commerçant, quoique pour fait de commerce; car ce n'est pas un fait isolé de commerce qui constitue le commerçant; c'est l'habitude des opérations commerciales (art. 1er, Code de comm.); or, l'art. 1326 n'établit l'exception qu'en raison de *la qualité de la personne*, et non en raison de la *nature de l'affaire*. Si nous avons décidé le contraire dans le cas d'un aval ou cautionnement mis par un non-commerçant à un billet à ordre souscrit par un commerçant à un autre commerçant, c'est que dans ce cas l'effet lui-même était excepté de la

(1) Rapporté au Répertoire de M. Favard, vo *Aval*, no 4.

(2) * Montpellier, 20 janvier 1835; Sirey, 35, 336.

(3) * Lorsque les billets à ordre ne portent que des signatures d'individus non négociants, et n'ont pas pour cause des opérations de commerce, la première disposition de l'art. 1326 leur est applicable. (Brux., 29 novembre 1827; J. de B., 1828, 1, 60.

(4) * L'art. 1326 ne concerne pas les effets de commerce. (Liége, 16 décembre 1812, et 14 avril 1813, Rec. de Liége, 4, 572, et 5, 232.)

disposition principale de l'article, et que les tiers qui l'ont reçu avec l'aval, ont dû croire que cet aval était donné suivant le vœu de la loi, étant opposé à un effet affranchi, à raison de la qualité du signataire, de la formalité du *bon* ou de l'*approuvé*.

179. Mais quoique l'article se serve de ces mots, *une seule partie*, il n'en faut pas conclure que l'on a entendu ne prescrire la formalité que pour le cas où le billet ou la promesse ne serait souscrite que par *une seule personne*, parce que la fraude est moins à craindre en effet quand l'écrit est signé par plusieurs, que lorsqu'il l'est par un seul, et qu'il est bien moins facile d'abuser d'un blanc seing : la disposition s'applique aux billets ou promesses *unilatérales* souscrites par plusieurs, même solidairement, comme à celles qui ne sont souscrites que par un seul ; ce sont ces promesses que l'on a eues en vue en disant *une seule partie;* comme si l'on eût dit *d'un seul côté.* L'article 1326 fait opposition à l'article précédent, où il est traité *des conventions synallagmatiques.* (1) Quelques arrêts de cours royales avaient toutefois jugé le contraire, mais la cour suprême a fait cesser toute incertitude à cet égard, par ses arrêts des 8 août 1815 et 6 mai 1816 (2), en annulant les décisions des cours de Paris et de Douai qui avaient au contraire jugé valable, même quant à la femme, le billet souscrit solidairement par deux époux, auquel la femme n'avait pas mis le *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme, et qui n'était point écrit de sa main (3).

180. Ainsi, quand l'un des signataires, solidaires ou non, est commerçant, laboureur, etc., ou que le billet ou la promesse est écrite en entier de sa main, il est bien affranchi de la formalité du *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose promise; mais l'autre ou les autres signataires qui ne sont point dans l'une des classes exceptées, ne sont pas affranchis de cette formalité (4). Par conséquent, lorsqu'un mari commerçant signe avec sa femme un billet ou une promesse, si la femme, supposée non-marchande publique, n'écrit pas elle-même le billet, la formalité est exigée à son égard.

Vainement a-t-on dit, dans un cas où deux époux s'étaient obligés solidairement, que la solidarité rend commun à l'un ce qui a été fait utilement avec l'autre : c'était là une pétition de principes, puisque précisément la question était de savoir s'il y avait solidarité; or, cela ne pouvait se dire qu'autant que la femme eût été valablement obligée, et elle soutenait, et avec raison, qu'elle ne l'était pas par cet acte.

181. Si l'engagement a été souscrit solidairement, il n'est pas douteux que celui ou ceux qui sont valablement tenus par l'acte ne puissent être poursuivis et condamnés à payer le total de la dette, puisqu'il en serait ainsi dans le cas où tous les signataires de l'écrit seraient régulièrement obligés. (Art. 1200.) Mais si l'obligation, quoique contractée conjointement par plusieurs, ne l'a néanmoins pas été avec clause de solidarité, il y a du doute sur le point de savoir si ceux qui sont valablement tenus par l'acte, quand d'autres ne le sont pas, peuvent être contraints à payer aussi la part de ces derniers dans la dette; car on peut dire que c'est comme si les premiers s'étaient obligés seuls à cette même dette. Cependant nous croyons qu'ils n'en doivent que leur part, parce qu'ils n'ont entendu s'obliger qu'à cela, et le créancier lui-même, qui n'a point exigé la solidarité, ou qui n'a pu l'obtenir, n'a également entendu

(1) * Brux., 3 mars 1832 ; J. du 19e s., 1832, 201.

(2) *V.* le premier de ces arrêts, avec l'espèce, au Répertoire de M. Favard, vo *Billet au porteur,* no 2 ; et le second, dans le Recueil de Denevers, 1816, 257.

(3) * *Approbation.* Le billet souscrit solidairement par le mari et sa femme n'est pas nul à l'égard de celle-ci, parce qu'il ne contient pas un bon ou un approuvé. (Liége, 29 juin 1824 (Renaud c. Collette) ; Rec. de Liége, 7, 551.)

(4) * Le billet ou la promesse sous seing privé qui n'est pas écrit de la main du signataire, ni revêtu d'un *bon* ou *approuvé*, ne peut en général servir de commencemen de preuve par écrit. Il peut néanmoins en être autrement si le billet est écrit en entier et signé par un codébiteur solidaire. (Brux., 25 juin 1822 ; J. de B., 1822, 2, 184 ; Dalloz, 21, 148, no 21, et 204, no 8.)

les avoir pour obligés que pour la part de chacun d'eux dans la dette, eu égard au nombre des signataires de l'acte.

182. Ainsi qu'on l'a dit plus haut, lorsque l'approbation est exigée, il ne suffit pas qu'elle soit conçue en ces termes : *J'approuve l'écriture ci-dessus ;* il faut une approbation portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose, ainsi que l'a décidé plusieurs fois la cour de cassation, notamment par l'arrêt de cassation du 18 février 1822, cité au même endroit ; et l'on jugeait de la même manière dans l'ancienne jurisprudence, comme on peut le voir dans Denizart, v° *Billets.*

183. Mais de ce que l'approbation doit être mise *en toutes lettres,* lorsqu'elle est requise, il ne faut pas conclure de là que l'acte serait nul par cela seul que la somme ou la quantité de la chose serait mise en chiffres dans le corps de l'acte écrit en entier de la main du débiteur, ou souscrit par un commerçant, etc., et qui pour ces causes ne serait point revêtu d'un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres cette somme ou cette quantité ; car ni l'article 1326 ni aucun autre ne prescrivent de mettre les sommes en toutes lettres (1). Il y a sans doute beaucoup de danger à les mettre en chiffres, et plus encore dans ces sortes d'actes que dans les actes faits en doubles ou triples originaux ; mais enfin le Code ne défend pas de le faire, et la loi du 25 ventôse an XI (art. 13) ne prononce même qu'une simple amende contre le notaire qui a mis les sommes ou les dates en chiffres.

184. Pour juger si le signataire d'un acte était affranchi de la formalité du *bon* ou *approuvé,* il est nécessaire de s'attacher à la qualité qu'il avait lors de l'acte, et non pas à celle qu'il aurait au temps de l'échéance de la dette, ou au temps de la demande en payement. Ainsi, par exemple, s'il était commerçant lors de l'acte, quoiqu'il ait depuis cessé de faire le commerce, il ne pourra pas exciper de l'absence de la formalité ; comme, en sens inverse, il pourra en exciper, s'il n'est devenu commerçant que depuis l'acte (2).

La question relative à la qualité de la personne au moment de l'acte est une question de fait, qui par conséquent est dans le domaine du juge, dont la décision peut bien être réformée en appel comme un *mal jugé,* mais qui serait à l'abri de la censure de la cour suprême.

Mais lorsque le jugement déclare l'acte valable, comme n'étant pas dans le cas de l'application de la disposition principale de l'article 1326, à cause de la profession du signataire, il est nécessaire qu'il constate en fait cette profession.

185. L'acte nul pour contravention à l'article 1326 ne devient pas valable par le silence du souscripteur pendant dix ans depuis le jour où il a été souscrit, et même depuis l'échéance : l'art. 1304 n'est pas applicable à ces actes, attendu qu'ils ne prouvent pas plus la réalité de la dette après les dix ans de leur date, que dans les dix ans. Ce n'est pas par *action* en nullité ou en rescision que procède celui à qui on l'oppose, c'est par *exception* de nullité de ce même acte considéré comme preuve de l'obligation dont le payement est demandé : c'est comme preuve qu'il est présenté, c'est comme preuve qu'il est écarté, car cette preuve n'a pas plus de force aujourd'hui qu'au temps où l'acte a été souscrit ; ce qui fait que l'article 1304 précité est étranger à la cause. S'il en était autrement, celui qui aurait commis une surprise ou abusé d'un blanc seing, attendrait que dix ans fussent écoulés pour agir.

186. Il reste à traiter sur les billets ou promesses irrégulières les questions de savoir,

1° Si le créancier peut déférer le serment au défendeur sur le fait de la dette ;

2° S'il peut le faire interroger sur faits et articles ;

(1)* Le *bon* ou *approuvé* portant la somme due *en chiffres* et non en toutes lettres, constitue un commencement de preuve par écrit, qui peut déterminer le juge à déférer au créancier le serment supplétoire. (Liége, 13 février 1840 ; J. de B., 1840, 177.)

(2) * Le billet souscrit par un marchand dans un temps voisin de sa retraite des affaires, est dispensé du *bon* ou *approuvé.* (Liége, 13 février 1840 ; J. de B., 1840, 177 ; V. Paris, 18 février 1808 ; Cass., 15 décembre 1824 ; Dalloz, 21, 154.)

3° Si l'écrit peut servir de commencement de preuve, propre à faire admettre la preuve par témoins, ou à autoriser le juge, en vertu de l'article 1353, à se décider d'après les présomptions que la loi abandonne à sa prudence et à ses lumières.

187. Quant à la première question, elle n'aurait pas fait l'ombre d'un doute sous l'empire de la déclaration de 1733, qui réservait formellement au demandeur le droit de déférer le serment au défendeur, pour qu'il eût à déclarer s'il n'avait pas reçu la valeur, et qui l'autorisait même à le déférer à ses héritiers, pour qu'ils eussent à déclarer s'ils estimaient que le billet était dû ou non; et selon nous, elle n'en devrait pas faire davantage sous le Code. Cependant un arrêt de la cour de Paris, du 5 septembre 1816 (1), réformant un jugement du tribunal de première instance de la Seine, qui avait regardé l'acte comme un commencement de preuve par écrit, propre à faire admettre la la preuve testimoniale, a décidé, par un de ses considérants (et sans nécessité dans la cause, puisque ce n'était pas le point de la contestation soumise à la cour), qu'il n'y a pas même lieu, sous le Code, à déférer le serment au défendeur, « attendu, dit l'arrêt, que la formalité » prescrite par l'article 1326 du Code, est véritablement constitutive de l'acte, et que son » omission ne produit pas uniquement une présomption de simple surprise, mais une présomption absolue;

» Que cela résulte, d'une part, de la combinaison de cet article avec la déclaration de » 1733, qui, à défaut de l'*approuvé* de la » somme en toutes lettres, autorisait à exiger » le serment du défendeur, *ce que ne permet pas l'article du Code, plus rigoureux en cette partie que la déclaration de* 1733;

» D'autre part, de la comparaison de ce » même article avec l'ensemble du titre, où le » législateur, après avoir réglé les formes constitutives de l'acte authentique, et celles de » l'acte synallagmatique sous seing privé, venant à l'acte unilatéral, et déterminant la » forme dans laquelle il doit être rédigé, prescrit également la formalité dont il s'agit » comme essentielle à la confection de l'acte;

» Qu'il est contre toute règle qu'un acte réprouvé par la loi comme suspect, soit présenté comme commencement de preuve par » écrit, et qu'un tel principe, qui tendrait à » admettre la preuve par témoins dans toutes » les affaires de cette nature, serait d'une dangereuse conséquence, etc. »

En admettant que la formalité soit *constitutive de l'acte*, comme le dit l'arrêt, elle n'est pas *constitutive de la dette*, puisque la dette peut fort bien exister sans l'acte : par exemple, si c'était un prêt, l'obligation de restituer les deniers prêtés résulterait du fait seul de les avoir reçus, car l'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui. L'acte, sans doute, ne *prouverait* pas la dette, puisqu'il est irrégulier, mais la preuve des obligations peut se faire par d'autres voies encore que par des actes. Le serment, notamment, peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, même sans qu'il existe un commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (article 1358 et 1360 combinés); il suffit seulement pour cela que le fait sur lequel il est déféré puisse fonder un droit ou une exception, et que la convention elle-même ne soit pas nulle d'après la loi, comme le serait par exemple une donation ou une convention d'hypothèque non faite en la forme légale, cas dans lesquels, en effet, il n'y aurait pas lieu à déférer le serment sur le fait de la convention, puisque, lors même qu'elle serait avouée, elle n'en serait pas plus valable pour cela, et que ce serait alors le cas de la règle *frustrà probatur quod probatum non relevat.* Mais cela ne peut se dire d'un prêt ou d'une promesse ayant sa cause dans un fait préexistant à l'acte; le serment alors peut être déféré sur le fait de la dette, et si l'article 1326 n'a pas, à cet égard, reproduit la disposition littérale de la déclaration de 1733, c'est par la raison toute simple, que l'on allait parler plus loin, dans le même titre, du serment en général, et établir en principe *qu'il peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est*

(1) Sirey, 17, 2, 399.

provoqué: d'où il devenait inutile d'en faire l'objet d'une disposition spéciale dans l'article 1326. Et si les rédacteurs de la déclaration de 1733 crurent devoir s'en expliquer, c'est parce que cela devenait utile dès que l'on disait : *faute de quoi le payement n'en pourra être ordonné en justice..; défendons à tous nos juges d'en ordonner le payement.* Car les tribunaux auraient pu croire qu'une défense conçue dans des termes si absolus n'admettait aucune exception, et en conséquence, qu'il n'y avait même pas lieu à ordonner le payement, sur le refus fait par le défendeur de prêter le serment que lui aurait déféré le demandeur; qu'ainsi il n'y avait pas lieu de le déférer. Mais comme cela eût été contraire à toutes les règles de l'équité et du droit la déclation s'en est expliquée formellement. Or, l'article du Code ne défend même pas aux juges d'ordonner le payement du billet ou de la promesse; il n'est point conçu dans des termes aussi impératifs; comment donc, d'un autre côté, pourrait-on prétendre qu'il n'a pas voulu permettre au demandeur de déférer le serment au défendeur, par cela seul qu'il ne parle pas de cette faculté? Et quel pourrait être le motif d'une pareille interdiction, et d'une opposition si formelle avec les principes sur le serment? il n'y en a réellement aucun. Le demandeur eût pu former sa demande sans titre, et, dans ce cas, déférer le serment; comment, d'après cela, ne pourrait-il le déférer dans l'espèce où il a un titre, irrégulier, il est vrai, mais quand précisément ce titre est réputé pour cela non avenu? il a même pu n'en pas parler. Ainsi le *considérant* de l'arrêt précité ne saurait soutenir le plus léger examen.

Le serment peut même être déféré à l'héritier du souscripteur de l'écrit, non pas sur le fait même qui a produit l'obligation, puisque ce fait ne lui est point personnel, mais, comme sous la Déclaration, pour qu'il ait à déclarer s'il ne sait pas que la chose est due; et c'est toujours en ce sens que le serment est déféré aux héritiers. (Art. 2275, Code civ. et 189, Code de comm.)

188. D'après cela, on doit facilement voir que nous reconnaissons que le demandeur a aussi le droit de faire interroger le défendeur sur le fait de la dette : l'aveu de la partie est également une manière d'établir les obligations; c'est un genre de preuve (article 1316 et 1356) : aussi, suivant l'article 324 du Code de procédure, les parties peuvent-elles, en toutes matières et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents concernant la matière dont est question.

189. Quant au troisième point, celui de avoir si l'acte irrégulier peut servir de commencement de preuve par écrit, la jurisprudence offre des décisions pour et contre. La cour de Turin, par son arrêt du 20 avril 1808, a jugé l'affirmative, sur le fondement que l'écrit dont la signature est reconnue ou tenue pour reconnue, rend *vraisemblable* le fait allégué, et présente, en conséquence, les conditions requises par l'art. 1347, pour qu'un acte puisse servir de commencement de preuve par écrit.

La cour de Paris, comme on vient de le voir, a jugé, au contraire, que l'acte ne pouvait même servir de commencement de preuve; et celle de cassation, réformant un jugement du tribunal de la Seine, du 31 août 1811, a décidé, par arrêt du 3 novembre 1812 (1), comme la cour de Paris.

Dans l'espèce, il s'agissait d'un billet de 600 fr., signé, mais non écrit, par une personne qui n'était point du nombre de celles qui sont dispensées de la formalité de mettre, dans ce cas, de leur main, le *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose, et cette formalité n'avait point été remplie. Toutefois le tribunal de première instance, considérant l'acte comme un commencement de preuve par écrit, et divers faits

(1) Sirey, 13, 1, 35; *Répertoire* de M. Favard, vo *Acte sous seing privé*, sec. 1, § 3, no 13. — * Le billet ou la promesse sous seing privé qui n'est pas écrit de la main du signataire, ni revêtu d'un *bon* ou *approuvé*, ne peut en général servir de commencement de preuve par écrit. Il peut néanmoins en être autrement si le billet est écrit en entier et signé par un codébiteur solidaire. (Brux., 25 juin 1822, J. de B., 1822, 2, 184, et 1, 298.)

de la cause allégués par le demandeur lui faisant aussi croire à l'existence de la dette, condamna le défendeur à en payer le montant, même sans qu'il y eût de preuve testimoniale d'administrée; car les juges peuvent se déterminer par des présomptions graves, précises et concordantes, dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales (art. 1353); or, la loi (art. 1347) admet la preuve testimoniale lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Mais le jugement fut cassé en ces termes :

« Vu les art. 1326 et 1341 du Code civil, » considérant qu'il est reconnu et avéré en » fait, que le billet dont il s'agit n'est pas » écrit de la main du signataire; qu'il n'est point » revêtu du *bon* ou de l'*approuvé* voulu par » l'art. 1326 précité; qu'enfin le signataire ne » se trouvait dans aucune des classes excep- » tées par cet article : d'où il suit qu'en droit, » le billet dont il s'agit était sans effet aux » termes de la disposition dudit article, et que » par suite le jugement attaqué, en condam- » nant la veuve Fradiel à payer le montant de » ce billet, et en motivant cette condamnation, » non sur un titre de créance qu'il déclare » exister, mais seulement sur une énoncia- » tion vague de faits qu'il n'articule pas, et de » pièces dont il n'énonce même pas qu'il soit » résulté un commencement de preuve par » écrit, a contrevenu aux articles 1326 et 1341 » du Code civil : par ces motifs, la cour » casse, etc. (1). »

Cependant la cour de cassation elle-même a formellement décidé, par son arrêt du 30 avril 1807 (2), que le jugement en dernier ressort ou l'arrêt rendu sur la question de savoir quelles pièces forment un commencement de preuve par écrit, ne peut être soumis à la cassation, parce que la loi s'en est référée à la conscience des juges sur les caractères de l'acte propre à servir de commencement de preuve par écrit (3), comme sur les présomptions qu'elle abandonne à leur sagesse, et qu'elle n'a investi la cour de cassation que du droit de réprimer les violations formelles à la loi.

Aussi cette cour paraît-elle avoir changé sa jurisprudence sur le point en question, en décidant, par son arrêt du 2 juin 1823 (4), qu'une reconnaissance de dépôt non écrite de la main du signataire, et contenant simplement ces mots avec la signature, *bon comme dessus*, avait pu servir de commencement de preuve par écrit, propre à autoriser les juges à admettre la preuve par témoins. Les termes de l'arrêt sont importants, en ce qu'ils paraissent exprimer le véritable sens de cet article 1326, qui a donné lieu à tant de débats, même sur le seul point maintenant en question :

« La cour, considérant qu'il n'est point exact » de présenter l'art. 1326 du Code civil comme » la reproduction entière de la déclaration du » 22 septembre 1733 ; que celle-ci déclarait *de* » *nul effet et valeur* les billets sous signature pri- » vée non écrits par le signataire, à moins qu'ils » ne continssent une approbation de sa main, » en toutes lettres, de la somme exprimée aux » billets, et défendait d'en ordonner le paye- » ment en justice ; que l'article 1326 n'a pro- » noncé ni *la nullité de semblables billets,* ni *la* » *defense d'en ordonner le payement ;* que si » cet article porte que de semblables billets » *doivent* être écrits en entier par le signataire, » ou du moins que, outre sa signature, il ait » écrit de sa main un *bon* ou *approuvé* portant » en toutes lettres la somme énoncée auxdits » billets, il en résulte seulement que ces billets, » écrits d'une main étrangère, et non munis de » l'approbation exigée par l'article 1326, ne

(1) La cour de Bruxelles, par arrêt du 13 août 1811 (Sirey, 12, 2, 277) a pareillement décidé que le billet simplement revêtu de la signature du défendeur, n'était point un commencement de preuve par écrit. Mais, dans l'espèce, il s'agissait de prouver que le défendeur avait mis sa signature à l'écrit; or, l'eût-il avoué, cela ne faisait pas que l'obligation fût réelle.

(2) Sirey, 7, 1119; 19, 1, 160.

(3) En admettant toutefois qu'il émane de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur (art. 1347); sauf les cas où la loi, par une disposition spéciale, déclare l'acte propre à servir de commencement de preuve, quoiqu'il n'ait pas été écrit par celui à qui on l'oppose, ou par celui dont il est le représentant : comme dans les cas prévus à l'article 1335, no 2, *in fine*, et no 3; et à l'art. 1336.

(4) Sirey, 23, 1, 294. — * *V.* dans ce sens, Orléans, 1er juillet 1828; Paris, 4 février 1829; Colmar, 4 mai 1831; Cass., 21 mars 1832; Sirey, 32, 1, 251; Toullier, nos 281 et suivants.

» font pas foi par eux-mêmes, et ne peuvent » seuls autoriser une condamnation. Mais l'article 1326 ne leur refuse pas le mérite de pouvoir faire un commencement de preuve par » écrit, lorsque, comme le dit l'art. 1347, ils rendent vraisemblable le fait allégué, et qu'il ne » s'élève, d'ailleurs, aucun soupçon de fraude. » Ainsi, dans l'espèce, où le commencement de » preuve par écrit existait *dans la signature* » *du billet*, dans les mots écrits par le signataire, *bon comme dessus*, et où le tribunal » de Béziers a reconnu que les circonstances de » l'affaire faisaient vivement présumer la vérité de la dette, ledit tribunal a pu, sans contrevenir à aucun article du Code civil, admettre la défenderesse à prouver par témoins » que Rose Féau avait maintes fois reconnu lui » devoir une somme de mille francs, dont elle » lui avait fait un acte de dépôt ; par ces motifs, rejette, etc. »

190. Cet arrêt laisse donc à la sagesse des juges à apprécier les caractères de l'acte comme commencement de preuve par écrit, propre ou non à faire accueillir la preuve par témoins. Mais par voie de conséquence, c'est implicitement décider aussi qu'ils peuvent se déterminer par le secours des présomptions que la loi abandonne à leur prudence, puisqu'ils y sont autorisés dans les cas où elle admet les preuves testimoniales (art. 1353), et qu'elle les admet lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. (Art. 1347.) Toutefois, ils devraient être encore plus circonspects à se décider par le seul secours des présomptions, si elles ne résultaient que de l'acte, qu'à admettre la preuve par témoins, qui ajoute beaucoup à ces mêmes présomptions.

La preuve testimoniale, au surplus, ne serait point décisive, si elle ne portait que sur le fait de la signature, que les témoins déclaraient avoir vu le défendeur apposer à l'écrit ; car cela ne prouverait pas plus la réalité de l'obligation, que ne la prouverait la simple reconnaissance que le défendeur ferait de sa signature, ou la vérification qui serait faite que c'est bien la sienne : il faut donc que les témoins déposent aussi qu'ils ont une connaisance personnelle de la dette, parce qu'ils l'ont vu contracter, ou parce qu'ils ont entendu le débiteur déclarer la devoir, soit lorsqu'il signait, soit antérieurement, soit depuis.

191. Si l'acte doit, ou du moins peut être considéré comme un commencement de preuve par écrit, et si, en conséquence, les juges peuvent se décider d'après des présomptions graves, précises et concordantes, puisqu'ils le peuvent dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, et qu'elle l'est lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, l'on doit dire aussi qu'ils peuvent déférer le serment d'office ; car une demande n'est pas totalement dénuée de preuve lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit : or, lorsque la demande n'est pas totalement dénuée de preuve, le juge peut déférer le serment d'office, ou *supplétoire*. (Art. 1367.)

192. L'art. 1327 porte que lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre, lors même que l'acte ainsi que le *bon* sont écrits en entier de la main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.

Cette présomption est puisée dans la règle *semper in obscuris, quod minimum est sequimur*. (L. 9, ff. *de regul. juris.*)

Pothier dit toutefois que lorsque quelqu'un se reconnaît dépositaire d'une certaine somme, suivant le bordereau des espèces joint à l'acte, c'est la somme que composent les espèces exprimées au borderau qui est due, quoique celle exprimée par l'acte fût différente, attendu que c'est en ce cas une erreur de calcul. Cela n'est point douteux ; mais ce qui aurait pu l'être sans la disposition de cet art. 1327, c'est la question de savoir si l'acte aussi bien que le *bon* étant écrits en entier de la main du débiteur, et le *bon* étant d'une somme moindre, on devait s'en tenir au *bon ;* car il n'était pas nécessaire à la validité de l'acte ; d'où on aurait pu le regarder comme une surérogation, impuissante, par cela même, pour détruire la partie utile de l'acte.

193. Au surplus, l'article permet de prou-

ver de quel côté est l'erreur, et cette preuve peut même se faire par témoins, puisque l'acte est au moins un commencement de preuve par écrit dans la partie qui exprime la somme moindre, surtout lorsque l'acte et le *bon* sont écrits de la main du débiteur.

Et puisque la preuve testimoniale serait admissible, le juge pourrait aussi se décider par des présomptions graves, précises et concordantes, résultant des faits de la cause, puisque la loi l'autorise à la faire dans les cas où les preuves testimoniales sont admises. (Art. 1353.) C'est un de ces cas où la simple présomption de la loi céderait à des présomptions de fait, abandonnées à la sagesse du magistrat pour tenir lieu de preuve ; mais c'est par la raison que la loi elle-même a autorisé la preuve contraire.

194. Nous terminerons l'analyse de la matière des billets et simples promesses, en faisant observer que généralement ils ne font pas foi contre celui qui les a souscrits lorsqu'ils se trouvent en sa possession, quoiqu'ils ne soient ni biffés ni revêtus d'un *pour acquit*. S'il y a des exceptions, elles sont rares, et elles naîtraient de quelques circonstances particulières.

Ainsi, si l'on trouve sous le scellé de mes effets un billet signé de moi, par lequel je reconnais vous devoir une somme de....., il est à présumer, ou que j'avais écrit ce billet dans l'espérance que vous me prêteriez cette somme, et que le prêt n'ayant pas eu lieu, le billet m'est demeuré et que j'ai négligé de l'anéantir, ou bien que le prêt ayant eu lieu, il a été acquitté ou que la dette a été remise. (Art. 1282.)

Il en est de même des quittances, quelque favorable que soit d'ailleurs la libération : lorsqu'elles se trouvent entre les mains du créancier, on doit supposer qu'il les avait faites à l'avance, comptant sur un payement qui n'a pas eu lieu. Nous reviendrons bientôt sur ce point.

Art. V.

Des registres des marchands.

195. L'article 1329 porte que les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

Et l'article 1330, que les registres des marchands font preuve contre eux, mais que celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils ont de contraire à sa prétention.

Cette dernière disposition est fondée sur cette maxime des docteurs (1), *fides scripturæ est indivisibilis.*

Telles sont les seules dispositions du Code civil, relativement aux registres des marchands. C'est au Code de commerce que devaient se trouver les règles sur cet objet.

196. Avant de les rappeler, nous ferons remarquer que ces mots de l'article 1329 précité, *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment,* ne signifient pas seulement que le marchand pourra déférer le serment décisoire au non-marchand, sur le fait d'une fourniture qu'il prétendrait lui avoir faite, car il le pourrait sans faire valoir son registre, puisqu'on peut déférer le serment sur quelque espèce de contestation que ce soit (art. 1358), encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1360) ; et, ainsi entendus, ces mots ne signifieraient absolument rien ; or, il faut entendre les lois, comme les contrats, dans un sens suivant lequel elles puissent produire quelque effet, plutôt que dans un sens selon lequel elles n'en produiraient aucun. Ces expressions veulent donc dire qu'il pourra y avoir lieu au serment supplétoire, ou déféré par le juge, parce que la demande, si elle n'est pas prouvée, n'est cependant pas totalement dénuée de preuve. C'était la décision de Dumoulin, de Boiceau et de Pothier ; mais il faut, suivant eux, que le marchand jouisse d'une bonne réputation, et que la fourniture soit vraisemblable, à raison de la quantité de choses ou de denrées dont le prix serait demandé. Boiceau paraissait même exiger, en outre, qu'il fût établi que le défendeur avait coutume de se servir chez le demandeur.

(1) Sur la loi 13, au Code, *de transactionibus*.

197. D'après l'art. 8 du Code de commerce, tout commerçant est tenu d'avoir un livre journal, qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paye à quelque titre que ce soit; et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison; le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables.

Il est tenu de mettre en liasses les lettres missives qu'il reçoit, et de copier celles qu'il envoie.

Il est tenu de faire tous les ans, sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et et immobiliers de ses dettes actives et passives, et de le copier, année par année, sur un registre spécial à ce destiné. (Art. 9.)

Le livre journal et le livre des inventaires doivent être parafés et visés une fois par année.

Le livre de copie de lettres n'est pas soumis à cette formalité.

Tous doivent être tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge. (Art. 10.)

Les livres dont la tenue est ordonnée par les art. 8 et 9 ci-dessus, doivent être cotés, parafés, et visés, soit par un des juges des tribunaux de commerce, soit par le maire ou un adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais. Les commerçants sont tenus de conserver ces livres pendant dix ans. (Art. 11.)

198. Les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce (1). (Art. 12.)

Mais pour qu'ils soient réputés régulièrement tenus, il n'est pas nécessaire que ce soit le commerçant lui-même qui ait fait les écritures; cela a même rarement lieu dans le haut commerce. En sorte qu'un article écrit par quelqu'un habitué à écrire sur le registre du marchand, tel qu'un commis ou un teneur de livres, ou la femme du marchand, fera foi contre lui, comme si c'était lui qui l'eût écrit.

Les livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auraient pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne peuvent être représentés ni faire foi en justice *au profit de ceux qui les auront tenus;* sans préjudice de ce qui est decidé au titre *des faillites et banqueroutes.* (Art. 13.)

Mais il est clair que, quoique irrégulièrement tenus, ils peuvent être invoqués par l'adversaire; car, celui qui les a mal tenus, comme l'observe Pothier, ne doit point se prévaloir de sa propre négligence. Toutefois, l'autre partie ne peut, d'après l'art. 1330 du Code civil, diviser les écritures en ce qu'elles contiendraient de contraire à sa prétention. Ainsi, si les livres annoncent une fourniture reçue et un payement effectué, les deux articles devront être pris dans leur ensemble, sauf au demandeur à prouver par d'autres voies la fourniture qu'il a faite, et au défendeur le payement qu'il prétend avoir effectué.

199. La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de, société, et en cas de faillite. (Art. 14.)

Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend. (Art. 15.)

En cas que les livres dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire,

(1)* Les registres des marchands peuvent servir d'adminicule contre des personnes non marchandes. (Brux., cass., 12 février 1822; J. de B., 1822, 1, 50.)

Les livres d'un commerçant, pour pouvoir être produits par lui en justice et faire foi en sa faveur de ce qu'ils contiennent, doivent nécessairement être tenus dans la forme prescrite par le titre 2, liv. 1er du Code de comm. (Brux., 17 juillet 1829; 31 octobre 1829; J. de B., 1829, 2, 268; 1830, 1, 7.)

Les livres de commerce ne doivent pas dans tous les cas, bien qu'ils soient régulièrement tenus, être admis par le juge, comme faisant preuve entre commerçants pour faits de commerce. (Brux., 4 octobre 1823; J. de B., 1823, 2, 287; cass., 4 février 1827; Sirey, 28, 1, 99.)

les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire. (Art. 16.)

200. Si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment d'office à l'autre partie. (Art. 17.)

201. Enfin l'art. 100 du même Code porte que les achats et ventes, en matière de commerce, se constatent :

Par actes publics;

Par actes sous signature privée;

Par le bordereau d'un agent de change ou courtier, dûment signé des parties;

Par une facture acceptée;

Par la correspondance;

Par *les livres des parties;*

Et par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre.

202. Pothier, d'après Dumoulin, voulait, pour que le journal d'un marchand fît foi contre lui, « que la cause de la dette y fût énoncée, » ou au moins qu'il en apparût une par pré- » somption et conjecture. Car, dit-il, comme il » ne peut y avoir de dette sans une cause qui » la produise, et que la seule écriture ne fait » pas la dette, la demande de la dette ne peut » être fondée tant qu'il n'apparaît pas de cause. » Mais si un marchand a écrit sur son livre » qu'il devait la somme de tant à un tel mar- » chand, quoiqu'il n'ait point exprimé la cause, » son livre fera foi contre lui en faveur de ce » marchand, si ce marchand est celui qui a » coutume de lui fournir les marchandises de » son commerce; en ce cas, la présomption » est que la cause de la dette est la fourniture » de ces marchandises. »

Cette condition, exigée par Pothier, que le marchand au profit duquel est l'article du journal, soit celui qui a coutume de fournir à l'autre les marchandises de son commerce, n'est toutefois pas de rigueur dans l'espèce d'un article qui porte les mots *Je reconnais devoir, ou je dois*, etc.; car, ainsi que nous l'avons dit, au tome X, n°s 352 et suivants, ces mots expriment suffisamment qu'il y a dette, quoique la cause de cette même dette n'ait pas été spécialement mentionnée. L'art. 1132 porte, en effet, que l'obligation n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

203. De quel moment le pacte est-il formé dans les achats et ventes qui ont lieu par correspondance?

Si un marchand écrit à un autre marchand ou à un propriétaire, pour lui demander s'il veut lui fournir telle marchandise ou telle quantité de denrées, ou pour lui offrir telle marchandise, à tel prix, la vente ne sera formée que par une réponse conforme à la demande ou à l'offre; et il faut que cette réponse soit expédiée : ce qui pourra se justifier par les livres ou par la correspondance. Jusque-là, l'auteur de la demande ou de l'offre peut retirer sa proposition. Car, comme celui à qui elle était faite pouvait ne pas l'agréer, et que la vente ne se forme que par le concours des deux volontés sur la chose et le prix, il s'ensuit qu'il n'y a pas de vente dès que l'une de ces volontés ne subsistait plus quand l'autre est venue à se manifester.

Mais la vente serait également formée dès que celui à qui la demande de la marchandise était faite l'aurait expédiée, quoiqu'il n'eût pas encore répondu à la lettre qui lui a été adressée à ce sujet; ce serait là une preuve de son acceptation. Cela ne ferait surtout aucun doute dans le cas où un marchand écrirait à quelqu'un de lui expédier telle marchandise, telle denrée, moyennant tel prix.

Art. VI.

Des registres et papiers domestiques.

204. L'art. 1331 porte que « les registres et » papiers domestiques ne font point un titre » pour celui qui les a écrits. »

Et enim exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi annotatione propria debitorem constituit. *Undè neque fiscum neque alium quemlibet ex suis subnota-*

tionibus debiti probationem præbere posse oportet. (L. 7, Cod. *de probat.*)

Mais, suivant le même article, les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a écrits, « 1° dans tous les cas où ils » énoncent formellement un payement reçu ; » 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse » que la note a été faite pour suppléer le dé- » faut de titre en faveur de celui au profit du- » quel ils énoncent une obligation (1). »

Il faut d'abord remarquer que l'article n'exige pas pour que les écritures fassent foi, dans les cas et sous les conditions qu'il exprime, qu'elles soient signées et datées : il ne parle point de cette condition, que le Code rejette même expressément, dans l'article suivant, à l'égard des écritures qui y sont mentionnées.

205. Quant au premier cas, il n'est pas douteux que l'écriture mise sur le journal du créancier par lui-même, signée ou non, fait foi au profit du débiteur. Mais si elle n'était pas de la main du créancier, ni signée de lui, ni de la main d'une personne habituellement employée à écrire sur son journal, elle ne ferait pas toujours foi complète, parce que la fraude pourrait facilement avoir lieu, soit par quelque domestique corrompu, soit par quelque voisin qui, à la sollicitation du débiteur, et à la faveur de ses habitudes dans la maison du créancier, se serait saisi facilement du journal de celui-ci, et y aurait mis la note. Beaucoup de personnes, en effet, ne tiennent pas toujours leurs registres soigneusement sous clef.

206. Quant au second cas, Boiceau, part. 2, chap. VIII, n° 14, distinguait si la note était ou non signée. Dans la première hypothèse, l'écriture, disait-il, fait preuve au profit du tiers en faveur duquel elle énonce une créance; dans la seconde, elle ne fait qu'une semi-preuve, qui a besoin d'être complétée par quelque autre fait ou circonstance.

Mais Pothier ne s'est point attaché à cette distinction : seulement il voulait que la note portât expressément qu'elle a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui au profit duquel elle énonce une obligation, ou du moins qu'il fût évident que telle a été l'intention de l'auteur de la note en l'écrivant. La raison sur laquelle il se fondait, c'est qu'il est très-probable que la note avait été rédigée par le débiteur pour se rendre compte à lui-même, suivant l'usage des personnes qui ont beaucoup d'affaires, et non pour servir de titre au créancier, et que ce dernier n'ayant point de billet, il est à croire qu'il a été payé, et que le débiteur se trouvant assuré par la restitution du billet qu'il lui avait donné, a ensuite oublié de barrer la note, et de faire mention du payement sur son registre.

Toutefois Pothier regardait la signature apposée à la note, comme une preuve que le débiteur ne l'avait écrite que pour servir de titre au créancier, attendu que si c'eût été seulement pour se rendre compte, il n'était pas besoin de la signer, cela n'étant pas dans l'usage. L'art. 1331 ne distingue pas si la note est signée ou non; il exige seulement, qu'elle contienne la mention expresse qu'elle a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui au profit duquel elle énonce une obligation.

A la vérité, nous ne pensons pas qu'il faille absolument, pour que l'écriture fasse foi contre

(1) * Lorsque le titre primordial d'une rente foncière n'est pas représenté, son existence peut être établie par les actes dans lesquels cette rente est mentionnée comme existante, aux clauses dispositives de ces actes.

Les annotations dans les livres de recette régulièrement tenus par des personnes jouissant d'une réputation intacte, peuvent former la preuve que le payement a eu lieu et que la prescription est interrompue. (Brux., 26 janvier 1820; J. de B., 1820, 1, 290.)

Il en est de même des annotations de payement des intérêts d'une rente, dans les registres et livres de recettes des corporations et fabriques. (Brux., 18 octobre 1821; J. de B., 1821, 2, 253; 12 février 1829; J. de B., 1829; 1, 200; J. du 19e s., 1829, 3, 101; Brux., 9 juillet 1832, J. du 19e s., 1832, 266; Liége, cass., 21 décembre 1825; Rec. de Liége, 9, 274. — *Id.* Des sommiers des receveurs des domaines. (Brux., 12 février 1824; J. de B., 1824, 2, 194. — *Id.* Les annotations faites pendant plusieurs années consécutives sur les feuillets d'un almanach, bien que non méconnues, ne pourraient suffire. (Brux., 13 juillet 1826; J. de B., 1826, 2, 200; J. du 19e s., 1827, 3, 26.)

En général, les registres et papiers domestiques ne sont pas pris en faveur de ceux qui les ont écrits. (Brux., 28 juin 1831; J. de B., 1831, 1, 231, et J. du 19e s., 1832, 3, 76; Brux., cass., 28 janvier 1833; Bull. de cass., édit. Tarlier, 1833, 26.)

celui qui l'a mise sur son journal, qu'elle contienne textuellement la mention qu'elle a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur du tiers, car ces expressions ne sont pas sacramentelles : elles peuvent être remplacées par d'autres qui indiqueraient clairement l'intention du débiteur en écrivant la note. Par exemple, s'il était dit : *Je dois mille francs à Paul, qui n'a pas voulu recevoir de billet*, ou *qui n'a point de billet :* ces mots démontreraient évidemment que le débiteur a eu tout à la fois pour but, en écrivant la note, de se rendre compte et de constater, pour lui et les siens, son obligation envers Paul, quoiqu'il n'ait pas été dit expressément dans la note qu'elle a été faite *pour lui tenir lieu de titre*.

Mais aussi nous croyons que, suivant le Code, la signature apposée à la note ne suffit pas dans tous les cas, ainsi que le pensait Pothier, pour établir que cette note a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur du tiers : elle pourra sans doute généralement servir à interpréter l'intention de l'auteur de la note à cet égard, mais le Code n'en fait pas une présomption de droit.

207. Au surplus Pothier ajoute que lorsque la note qui avait pour objet de servir de titre à un créancier a été barrée ou biffée, elle ne fait plus preuve en faveur de celui-ci, même lorsqu'elle serait signée, la radiation étant une preuve que la dette a été acquittée. Cela n'est pas contraire à ce que le même auteur dit plus loin, que l'écriture mise au dos, en marge ou à la suite d'un titre qui est toujours resté en la possession du créancier, fait foi, et prouve la libération, encore qu'elle soit barrée ou biffée, attendu, dit-il, qu'il ne doit pas être au pouvoir de ce créancier ni de ses héritiers, de détruire la preuve de la libération acquise à son débiteur.

Il y a en effet une grande différence entre le cas d'une écriture mise par un débiteur sur son registre pour servir de titre à un créancier, et qui ensuite a été barrée, et l'écriture mise par un créancier sur son titre, et qui a pareillement été biffée : dans le premier cas, le créancier n'ayant pas exigé de titre, il a reconnu par cela même la probité du débiteur, et il n'est pas présumable que ce soit dans des vues frauduleuses que celui-ci a barré l'écriture, qui était à sa disposition ; pouvant l'anéantir entièrement, on ne doit pas croire, lorsqu'il l'a seulement barrée, qu'il l'a fait par de mauvais motifs, mais bien seulement parce qu'il avait payé la dette. Dans le second cas, l'écriture qui tend à la libération du débiteur est bien, il est vrai, aussi en la possession de celui qui a intérêt à l'anéantir, mais, mise sur le titre de la dette, le créancier, en général, ne peut faire autrement que de la produire en produisant le titre lui-même ; en sorte que s'il est en son pouvoir de la biffer, et même de la rendre entièrement illisible, il n'est pas en son pouvoir, du moins généralement, d'en faire disparaître les traces sans détruire en même temps la preuve de son droit : ce qui a pu paraître une garantie suffisante au débiteur pour se contenter d'une semblable quittance.

A la vérité, ce raisonnement ne serait pas toujours aussi bien fondé à l'égard d'une écriture mise en marge ou au bas du titre, qu'à l'égard de celle qui serait mise au dos et correspondrait avec l'écriture ; car, au moyen d'une coupure, on pourrait facilement, dans beaucoup de cas, la faire disparaître, et par des procédés chimiques l'on peut même aussi faire disparaître les écritures d'une encre de mauvaise qualité. Mais nous raisonnons en thèse générale, et, en thèse générale, le débiteur, qui n'a pas songé au danger de ces fraudes, a dû plus facilement se contenter d'une quittance mise sur le titre même de la dette, qu'un créancier n'a dû se contenter d'une note mise sur le livre de son débiteur pour lui tenir lieu de titre ; ce qui établit par conséquent une différence entre les deux cas.

208. L'écriture mise sur le registre d'un créancier et qui énonce formellement un payement reçu, devrait également faire foi quoiqu'elle fût barrée, par la raison que donnait Pothier au sujet de l'écriture mise par le créancier sur son titre, savoir, qu'il n'a pas dû dépendre du créancier, ou de ses héritiers, en rayant l'écriture qu'il avait mise sur son registre, d'anéantir cette preuve de la libération du débiteur, qui s'était contenté d'une quittance

de cette sorte. Dira-t-on que le créancier a pu écrire la note sur l'annonce d'un payement qui devait lui être fait, et qui ensuite n'a pas eu lieu? mais en pareil cas l'on n'écrit pas sur son registre, parce qu'on a bien toujours le temps de le faire lorsqu'on recevra le payement : on fait un projet de quittance, une quittance même, mais on n'écrit pas sur son registre tant que le payement n'est pas effectué.

Mais si l'écriture mise sur le registre du créancier est biffée de telle manière qu'on ne puisse en lire le contenu, alors, comme il est impossible de dire qu'elle énonce formellement un payement reçu, et même qu'elle se rapporte à un mode de libération quelconque, elle se trouve forcément sans effet : aussi est-il fort imprudent de ne pas exiger une quittance ordinaire.

Nous verrons plus loin ce qu'on devrait décider, en pareil cas, au sujet d'une écriture mise sur le titre même de la dette.

Ce que nous avons dit plus haut sur le cas d'une écriture qui énonce formellement un payement reçu, que, lorsque cette écriture n'est pas du propriétaire du registre ni d'une personne habituée à y écrire pour lui, elle ne fait pas la même foi que dans l'hypothèse contraire, est applicable aussi au cas où il s'agit d'une écriture mise sur un registre pour tenir lieu de titre à un prétendu créancier. La raison est absolument la même.

209. Quoique le Code civil, dans les deux cas dont nous venons de parler, décide positivement que les écritures mises sur le journal ou registre domestique d'une personne font foi contre elle, néanmoins il ne contient pas, comme le Code de commerce, de disposition précise qui donne à l'autre partie le droit d'exiger la représentation de ce registre, ou en cas de refus de l'adversaire de le produire, la faculté au juge de déférer le serment à cette partie.

Serait-ce parce que la loi ne prescrit pas aux non-commerçants comme aux commerçants de tenir des livres, et que parce qu'il arriverait souvent qu'une personne, même appartenant aux classes non illettrées, n'en aurait pas tenu, il y aurait eu du danger à autoriser le juge à déférer le serment à l'autre partie, lorsque sa demande ou son exception n'aurait été appuyée que sur sa seule allégation d'une écriture mise sur le registre de son adversaire, en opérant, selon elle, une obligation à son profit, ou une décharge? N'a-t-on pas dû craindre en effet que, sous ce prétexte, on ne cherchât à pénétrer le secret des familles? Quoi qu'il en soit, nous ne voyons rien dans le Code civil au sujet de l'obligation, pour une partie, de produire ses registres, ou ceux de son auteur, et cependant, d'un autre côté, il faut bien que les dispositions contenues en cet article 1331 puissent recevoir leur application.

210. Dans le droit romain, un défendeur pouvait bien exiger du demandeur la représentation de ses registres, à peine pour ce dernier, en cas de refus, d'être écarté par l'exception *doli mali*. Les lois 5 et 8, au Code, *de edendo*, le décident positivement. Mais, d'abord, cela était dans les mœurs des Romains, qui avaient coutume de tenir des livres domestiques très-réguliers, sur lesquels ils écrivaient toutes leurs affaires, l'argent qu'ils recevaient, celui qu'ils comptaient; et quand ils faisaient un prêt, ce prêt était consigné en même temps, du moins ordinairement, sur le registre de l'emprunteur et sur celui du prêteur : c'est même de là qu'est venue l'obligation qu'ils appelaient *obligatio litterarum*. En sorte que ces registres servaient d'actes aux parties, parce qu'ils n'étaient point tenus dans un but d'intérêt uniquement individuel : c'était à peu près dans le même but que celui qu'on s'est proposé chez nous en prescrivant aux commerçants de tenir un livre journal destiné à constater toutes leurs opérations, toutes leurs recettes et leurs payements; d'où il suivait que la bonne foi voulait que la partie qui demandait le payement d'une créance, pût être écartée par une exception, si, sur la réquisition du défendeur, elle refusait de produire son livre.

Mais un demandeur ne pouvait exiger du défendeur que celui-ci lui fournît des preuves par la production de ses registres (1) : la dernière

(1) La loi 7, au Code *de testibus*, consacre le même principe quant à la preuve par témoins.

de ces lois le décide formellement, en distinguant, à cet égard, entre le demandeur et le défendeur (1).

211. L'article 15 du Code de commerce ne fait point, il est vrai, la distinction des lois romaines; il dit d'uné manière générale que, « Dans le cours d'une contestation, la repré- » sentation des livres peut être ordonnée par » le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire » le différend; » et l'article 17 porte aussi d'une manière générale que, « si la partie, aux livres » de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de » les représenter, le juge peut déférer le ser- » ment à l'autre partie. » Mais ces règles sont établies pour les commerçants, parce qu'ils sont tenus d'avoir des livres, et nous ne les voyons pas consacrées par le Code civil pour les non-commerçants.

Cependant, comme nous venons de le dire, il faut bien que l'article 1331 de ce Code puisse recevoir son application; or, comment la recevra-il si la partie qui a mis la note sur son registre refuse de le représenter, ou, si après son décès, ses héritiers ne veulent pas le produire?

A cet égard, nous croyons que le juge a un pouvoir discrétionnaire d'ordonner la représentation des registres, s'il lui est démontré qu'il en a existé et que ces registres subsistent encore; qu'il peut surtout le faire lorsque ce sera le défendeur qui fera cette demande, prétendant que les livres du demandeur contiennent une écriture qui constate formellement qu'il lui a été fait un payement. Et si celui auquel on demande la production de ses registres, ou ceux de son auteur, prétend qu'il n'en a pas été tenu, ou qu'ils ne subsistent plus, le serment pourra lui être déféré sur ce fait.

Au surplus, comme à la mort d'une personne, les scellés sont ordinairement apposés sur ses effets et papiers; que ses créanciers ont le droit de requérir cette apposition, et de s'opposer à ce que le scellé soit levé sans eux; qu'ils peuvent aussi assister à l'inventaire, et intervenir dans le partage; s'ils trouvent des écritures à leur profit, ils les feront constater dans l'inventaire, pour les faire ensuite valoir suivant leurs droits. Et ceux qui auraient fait au défunt des payements constatés seulement par ses registres et papiers domestiques, auraient le même droit, parce qu'ils auraient également intérêt à empêcher la perte de la preuve de leur libération.

Art. VII.

Des écritures mises à la marge, à la suite ou au dos d'un titre ou d'une quittance.

212. Après avoir parlé des registres et papiers domestiques, nous avons à traiter des écritures privées qui se trouvent à la suite, au dos ou à la marge d'un titre ou d'une quittance. L'article 1332, qui statue sur ces cas, est ainsi conçu :

« L'écriture mise par le créancier à la suite, » en marge ou au dos d'un titre qui est tou- » jours resté en sa possession, fait foi, quoi- » que non signée, ni datée par lui, lorsqu'elle » tend à établir la libération du débiteur.

» Il en est de même de l'écriture mise par » le créancier au dos, ou en marge, ou à la » suite du double d'un titre ou d'une quittance, » pourvu que ce double soit entre les mains du » débiteur. »

L'écriture dont il est parlé dans la première partie de l'article, peut se trouver sur un titre authentique, sur la grosse ou première expédition, comme sur un titre sous seing privé; l'article ne distingue pas : et elle aura le même effet.

213. Analysons d'abord la première de ces dispositions, qui, comme on le voit, ne parle que de l'écriture *mise par le créancier* à la suite, à la marge ou au dos d'un titre *qui est toujours resté en sa possession*. Cependant deux autres cas peuvent se présenter :

1° Celui où l'écriture est mise par un autre que le créancier, quand d'ailleurs le titre est

(1) Cependant il paraît, d'après la loi 1re au même titre, *de edendo*, que ce n'était pas une règle invariable, et que le juge avait, suivant les circonstances du fait, le pouvoir d'ordonner même au défendeur, de produire ses registres

toujours resté en la possession de ce dernier;

2° Celui où elle a été mise par le créancier, et lorsque le titre n'est pas toujours resté dans ses mains.

Quant au cas où le titre est toujours resté en la possession du créancier, Pothier ne fait aucune différence à raison de la circonstance que l'écriture aurait été mise par un tiers, ou par le débiteur lui-même, ou par le créancier, attendu, dit-il, qu'il n'est pas vraisemblable, puisque le titre a toujours été en la possession du créancier, ainsi qu'on le suppose en fait, qu'il y aurait laissé mettre une écriture tendant à la libération du débiteur, s'il n'avait eu de bonnes raisons pour le souffrir.

Ce point n'est pas, il est vrai, décidé affirmativement par le Code, mais il ne l'est pas non plus négativement, et il est à croire que l'étant formellement par cet auteur, dont l'article consacre la décision sur le cas de l'écriture mise par le créancier sur le titre qui est toujours resté en sa possession, on n'a point entendu rejeter celle qu'il porte sur le cas qui nous occupe maintenant. Probablement on a pensé qu'il suffisait d'établir une règle pour celui qui doit se présenter le plus souvent, celui où l'écriture a été mise par le créancier lui-même; *de eo quod plerùmque fit, statuit legislator.*

Nous croyons en effet que la disposition n'est point conçue dans un sens restrictif : il n'y avait aucune raison pour qu'elle le fût. On ne peut raisonnablement expliquer pourquoi le créancier aurait laissé mettre sur un titre qui, on le suppose, n'est pas sorti de ses mains, une écriture tendant à la libération du débiteur, s'il n'avait reçu de lui aucun payement par à-compte.

Sans doute, s'il prétendait et prouvait que l'écriture mise par une autre main que la sienne est le résultat d'une fraude; que son titre a été détourné ou qu'il l'avait perdu, et que c'est par suite de cet événement que l'écriture y a été mise; alors elle cesserait de faire foi; mais ce serait à lui de prouver le fait de fraude, parce que la fraude ne se présume pas: c'est à celui qui l'allègue à la prouver (article 1116); ou il devrait du moins prouver le fait du détournement ou de la perte du titre, parce que c'est encore un événement qui ne se suppose pas; chacun, au contraire, est présumé conserver soigneusement ses titres.

214. Dans le second cas, celui où l'écriture qui tend à la libération a été mise par le créancier, mais que le titre n'est pas toujours resté en sa possession, la disposition que nous expliquons paraîtrait ne point donner effet à l'écriture, puisqu'elle statue dans l'hypothèse *d'un titre qui est toujours resté en la possession du créancier.* Cependant cette circonstance, qui est importante lorsque l'écriture a été mise par un autre que le créancier, doit être indifférente lorsqu'elle l'a été par le créancier lui-même. Pourquoi, en effet, aurait-il écrit sur son titre qu'il a reçu un payement, si effectivement il ne l'a pas reçu? Dira-t-on qu'il a pu écrire sur des propositions faites d'un payement qui ensuite n'a pas eu lieu? En pareil cas on fait bien un projet de quittance à l'avance, ou même une quittance, mais on n'écrit par sur son titre. D'ailleurs cela n'engagerait pas à s'en dessaisir, et en appliquant l'article à ce cas, l'écriture ferait foi de la libération, puisque ce titre ne serait pas sorti des mains du créancier et que l'écriture aurait été mise par lui. Objecterait-on aussi que le titre a pu être égaré, détourné? mais qu'est-ce que cela fait, puisqu'on raisonne dans l'hypothèse d'une écriture mise par le créancier, par conséquent avant le détournement ou la perte du titre, ou depuis qu'il en a recouvré la possession. Et si, comme le dit avec raison Pothier, le créancier ne pourrait pas, en biffant l'écriture qu'il a mise sur le titre, annuler cette preuve de la libération du débiteur, il ne le peut pas davantage en faisant sortir ce titre de ses mains, soit en le mettant en dépôt entre celles d'un tiers, soit en donnant sa créance en gage, soit de toute autre manière. Dès que c'est son écriture, elle doit faire foi contre lui, lors même qu'elle ne serait ni datée ni signée; et elle ferait encore bien mieux foi, s'il est possible, si le titre était en la possession du débiteur, puisque la simple remise volontaire qui lui en aurait été faite, ferait preuve de la libération (art. 1282), quoiqu'il n'y eût point de *pour acquit* ou autre déclaration de payement, suivant ce que nous avons dit au

tome précédent, n° 361 ; sauf la preuve des cas de fraude ou de perte de l'effet.

Ainsi ces mots, *d'un titre qui est toujours en sa possession* (du créancier), ne sont point non plus mis dans un sens restrictif. Quand il s'agit *d'une écriture du créancier,* signée ou non, datée ou non, dès que l'écriture est de lui, elle doit faire foi, à moins qu'il ne prouve qu'elle est le résultat d'une erreur, d'une surprise ou d'un dol.

215. De plus, la disposition elle-même ne saurait s'appliquer au *pour acquit* que l'on est dans l'usage de mettre aux effets de commerce, à l'échéance, avant de les remettre au commis ou garçon de caisse chargé d'en aller toucher le montant, ainsi que cela se pratique chez les banquiers et négociants en gros, quoique l'on soit incertain alors si l'effet sera payé. S'il ne l'est pas, le protêt a lieu, et il annule le *pour acquit,* précisément parce que *l'effet est resté en la possession du créancier,* et bien que l'écriture ait été mise par lui et qu'elle soit signée.

S'il n'en était ainsi, il y aurait impossibilité de faire toucher le montant des effets de commerce par un commis ; il faudrait que le créancier se transportât lui-même en personne chez le débiteur pour mettre le *pour acquit* sur l'effet au moment où les deniers lui seraient comptés, ce qui serait on ne peut pas plus gênant pour le commerce.

Et il faut même en dire autant, du moins en général, du *pour acquit* mis aux billets *civils,* à l'échéance; l'article 1332, en effet, a eu en vue les payements faits par *à-compte;* car lorsque la dette est acquittée en totalité, il est d'usage de remettre le titre lui-même au débiteur.

216. Mais que doit-on décider lorsque l'écriture mise sur un titre est tellement effacée, raturée, qu'il est impossible d'en lire le contenu? On a vu plus haut que, suivant Pothier, l'écriture mise sur le titre de la dette par le créancier, et même par une autre main lorsque ce titre est toujours resté en sa possession, fait foi contre lui quoiqu'elle ait été barrée, attendu, dit-il, qu'il ne doit pas dépendre du créancier, ni de ses héritiers, de ravir au débiteur, qui a eu assez de confiance en lui pour se contenter d'une décharge de cette nature, le bénéfice de sa libération. Cela ne saurait faire de doute dans tous les cas où l'on pourra découvrir ce que contenait l'écriture : mais dans celui que nous supposons, il y a réellement difficulté ; car était-ce bien réellement un payement? et surtout de quelle somme était ce payement : c'est ce qu'il est impossible de déterminer avec certitude. Mais comme, d'un autre côté, cette écriture a été mise à une fin, et que le créancier a eu tort de la détruire, nous croyons que ce serait un de ces cas où le juge peut déférer le serment, parce que si l'exception du défendeur n'est pas pleinement justifiée, du moins elle n'est pas, d'après les raisons ci-dessus, totalement dénuée de preuve; et le serment devrait, en général, lui être déféré de préférence au demandeur.

217. Nous ne déciderions pas la même chose, du moins en général, sur le cas où un débiteur alléguerait que le créancier a fait disparaître, au moyen d'une coupure, une écriture qui était mise au bas ou en marge du titre et qui tendait à la libération ; cette allégation de fraude devrait au contraire être prouvée d'une manière positive, ainsi que celle qui consisterait à dire que le créancier a fait disparaître par des procédés chimiques une écriture mise sur le titre, et qui constatait aussi un payement ou une décharge, chose que l'expérience a malheureusement démontrée fort possible, surtout lorsque l'encre est de mauvaise qualité.

Tout cela fait voir le danger de ne pas retirer des quittances proprement dites ; mais enfin le Code prévoit qu'un débiteur a pu se contenter d'une mention, sur le titre, d'un payement qu'il a fait, et c'est ce qui a lieu en effet fréquemment.

218. La seconde disposition de l'art. 1332 exige, pour que l'écriture mise par le créancier au dos, en marge ou à la suite d'un double ou d'une quittance, fasse foi contre lui, une condition quant au double, qui n'est cependant point nécessaire : *pourvu*, est-il dit, *que ce double soit entre les mains du débiteur.* Pourquoi, en effet, l'écriture mise par un vendeur, créancier du prix de vente, sur son propre double, et énonçant un payement qui lui a été

fait par un tiers pour l'acheteur, ou par celui-ci, qui n'avait pas son double au moment où il a payé, ne ferait-elle pas également foi? Comment expliquer la mention de ce payement, s'il n'avait pas eu lieu? On prépare bien une quittance dans l'attente d'un payement sur lequel on compte, mais on n'écrit pas plus sur un double que sur un simple billet : l'article n'exige même pas, quand il s'agit d'une écriture mise aussi pas le créancier à la suite, à la marge ou au dos d'une quittance, que cette quittance soit entre les mains du débiteur, et cependant cela pouvait paraître bien plus nécessaire que dans le cas d'une écriture mise par le créancier sur un double. Néanmoins cette condition n'est point exigée, et c'est avec raison, car il n'est pas vraisemblable, comme dans le cas d'une quittance *à priori*, que le créancier ait mis cette écriture, sur l'annonce ou dans l'attente d'un payement qui ensuite n'a pas eu lieu, puisque la quittance était dans les mains du débiteur. En la recevant pour y mettre celle d'un autre payement, le créancier a dû recevoir en même temps ce payement, ou du moins il a dû naturellement attendre qu'il lui fût fait, pour mettre l'écriture dont il s'agit.

Mais quant aux quittances principales, dont ne parle point l'article, il faut, pour qu'elles fassent preuve de la libération, qu'elles soient entre les mains du débiteur, attendu que beaucoup de personnes sont dans l'usage de préparer à l'avance les quittances qu'elles doivent donner, dans l'attente du payement sur lequel elles comptent, surtout pour dettes de fermages, loyers, arrérages de rente, pensant qu'elles ne se trouveraient peut-être pas chez elles au moment où les débiteurs viendraient payer, et laissant ces quittances à une personne de la maison pour les leur remettre et toucher le payement. Mais cette attente ne se réalise pas toujours, et on laisse néanmoins subsister la quittance pour la remettre au débiteur quant il viendra payer; en sorte qu'elle ne fait pas foi tant qu'elle est dans la main du créancier.

Il n'y a donc de difficulté, et à cause de la rédaction vicieuse de l'article, qu'à l'égard de l'écriture mise par le créancier sur un *double;* or, s'il fallait absolument que ce double fût entre le mains du débiteur, pour qu'elle fît preuve du payement qu'elle énonce, nous ne craignons pas de le dire, ce serait une grande absurdité, et le Code serait en contradiction avec ses propres principes.

En effet, si, d'après l'article 1331, l'écriture mise sur les registres et papiers domestiques du créancier, et qui énonce formellement un payement reçu, fait foi de la libération du débiteur, comment pourrait-on prétendre que celle qui a été mise aussi par lui, créancier, sur son double, pour le même objet et la même fin, ne fait cependant pas foi contre lui? N'a-t-il pas même dû être plus circonspect à écrire sur son titre que sur son registre? cela ne sera douteux pour personne.

En second lieu, la première disposition de l'article 1332 lui-même, veut que l'écriture mise par le créancier à la suite, à la marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fasse foi quoiqu'elle ne soit ni signée, ni datée par lui, lorsqu'elle tend à la libération du débiteur, et cette disposition ne distingue pas entre les actes faits en doubles originaux et les autres. Il n'y avait, en effet, aucune distinction à faire à cet égard.

L'erreur de cette rédaction, vient de ce qu'on a pris dans Pothier, comme une règle, ce que cet auteur ne donnait que comme un exemple, et l'on en a fait mal à propos une disposition exclusive. Ainsi, quand il dit que l'écriture mise par un vendeur, créancier du prix de vente, sur le double de l'acheteur, et qui tend à la libération de ce dernier, fait foi contre le vendeur, il dit une chose incontestable, mais il n'entend pas dire par là que si cette écriture se trouvait sur le double du vendeur, elle ne ferait pas également foi; car il serait en contradiction formelle avec ce qu'il avait déjà dit sur l'effet des écritures d'un créancier, mises, soit sur ses registres, soit sur le titre même de la dette, et opérant libération.

Bien mieux, il dit qu'un *post-scriptum,* même écrit de la main d'un tiers sur le double du vendeur, et tendant à l'*obligation* de celui-ci, fait foi contre lui, si ce double n'est pas sorti de ses mains, parce qu'il ne l'aurait pas laissé écrire si la chose n'avait été convenue; nouvelle preuve qu'il n'est pas nécessaire, suivant Pothier qu'on a mal entendu dans la rédaction

de ces diverses dispositions, que, pour qu'une écriture mise par l'une des parties sur un double, fasse foi contre elle, ce double soit dans la main de l'autre, c'est-à-dire du débiteur, puisqu'il décide le contraire même dans un cas où il s'agit d'une écriture mise par un tiers, et où cette écriture tend à l'obligation.

219. L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un double ou d'une quittance, fait foi quoiqu'elle ne soit ni signée ni datée. Ces mots de la seconde partie de l'article, *il en est de même*, etc., indiquent clairement qu'elle statue aussi dans l'hypothèse, prévue à la première partie, d'une écriture non signée ni datée par le créancier.

Mais il est clair aussi qu'une écriture mise par un autre que le créancier sur le double du débiteur, ne ferait foi contre le créancier, qu'autant qu'elle serait signée par lui.

220. Et si l'écriture mise sur le double *du débiteur* ou sur une quittance, quoique par le créancier, est barrée, elle cesse de faire foi; car il est évident que le débiteur, en la possession duquel sont ces actes, n'aurait pas barré ou laissé barrer l'écriture si le payement n'avait réellement eu lieu. Il y a tout lieu de croire, dit Pothier, que l'écriture a été mise sur des propositions qui n'ont pas ensuite été effectuées.

221. Mais l'écriture mise sur le double du créancier, et tendant à la libération, ne ferait pas moins foi quoiqu'elle fût barrée, parce que, ainsi que nous l'avons déjà dit au sujet des écritures mises sur les registres ou sur un titre, il ne doit pas dépendre du créancier, ni de ses héritiers, d'enlever au débiteur, qui s'est contenté d'une telle décharge, le bénéfice de sa libération.

222. Voilà pour les écritures mises à la suite, au dos ou en marge d'un titre, d'un double ou d'une quittance, et tendant à la libération, les seules dont parle l'art. 1332; mais il est des cas où, suivant tous les auteurs qui ont traité des preuves, les écritures, même non signées ni datées, font foi contre celui qui les a mises sur un titre, quoiqu'elles aient pour objet une *obligation :* c'est lorsqu'elles sont en relation directe avec l'acte signé, et qu'elles sont au bas ou en marge, ou même au dos de cet acte. Par exemple, si, au bas d'une promesse signée de Paul, par laquelle il reconnaît que Philippe lui a prêté 1,000 francs, il est écrit de la main de Paul, en toutes lettres: *De plus, je reconnais que ledit sieur Philippe m'a encore prêté* 200 *francs;* ces termes *de plus, encore,* ayant une relation directe avec l'écrit signé de Paul, opéreraient aussi obligation. Telle est la décision de Boiceau, Danty et Pothier.

Art. VIII.

Des quittances.

223. Les quittances sont des actes destinés à constater les payements. Elles peuvent avoir lieu par acte sous seing privé comme par acte public, du moins ordinairement. Elles ont même lieu quelquefois par de simples écritures non signées, mises sur les registres du créancier, ou sur le titre même de la dette, ainsi que nous venons de l'expliquer.

Mais elles ne sont pas toujours conçues dans des termes qui ne laissent aucun doute sur la dette à laquelle elles s'appliquent, et par conséquent sur l'étendue de leurs effets; car elles peuvent exprimer la somme payée, sans exprimer la cause de la dette, ou la cause de la dette sans exprimer la somme payée, ou bien n'exprimer ni la somme payée ni la cause de la dette, ou enfin exprimer l'une et l'autre.

224. Dans le premier cas, la quittance n'est pas moins valable, puisqu'elle énonce formellement un payement reçu, et qu'une note conçue en ces termes, mise sur le registre du créancier, quoique non datée ni signée, ferait foi du payement, suivant ce qui a été dit précédemment.

Si, dans ce cas, il y avait plusieurs dettes, on suivrait les règles établies par l'art. 1256 pour l'imputation légale, puisque la cause de la dette n'étant point exprimée dans la quittance, il n'y aurait par cela même aucune imputation spéciale faite par l'une ou l'autre des parties.

225. Dans le second cas, où la quittance, en exprimant la cause de la dette, n'exprime pas la somme qui a été payée, elle libère le débiteur de tout ce qu'il devait pour cette cause, mais uniquement de cela. Par exemple, si elle porte : *Je reconnais avoir reçu de Paul ce qu'il me doit pour la vente que je lui ai faite de la coupe de bois de mon domaine de Lafont pour l'année* 1830, cette quittance comprendra bien tout ce qui était dû pour le prix de cette coupe, mais elle ne comprendrait pas ce qui pourrait être dû par Paul pour des ventes de coupes antérieures ou postérieures, quand bien même il n'y aurait aucune réserve; et à plus forte raison elle ne comprendrait pas ce qu'il pouvait me devoir pour d'autres causes.

226. Si la dette dont la quittance exprime la cause sans exprimer la somme payée, est pour loyers, fermages ou arrérages, sans que la quittance porte l'indication de l'année ou du terme pour lesquels le payement a été fait, alors elle est censée donnée pour tout ce qui était échu au terme qui a précédé sa date ; mais elle ne comprend point ce qui pourrait se trouver échu au terme actuel d'après le principe que les fruits civils s'acquièrent jour par jour (art. 586); car le débiteur n'est pas censé avoir voulu payer avant l'échéance du terme ce qui faisait partie de ce terme.

Si, dans l'espèce, la quittance n'était pas datée, Pothier dit que puisque le défaut de date empêche de savoir en quel temps elle a été donnée, elle ne vaudrait que pour un terme, à moins cependant qu'elle n'eût été donnée par l'héritier du créancier, auquel cas elle ferait foi du payement pour tous les termes échus du vivant de ce dernier. Par la même raison, si elle avait été délivrée à l'héritier du débiteur, elle devrait faire foi aussi du payement des termes qui étaient échus à la mort de celui-ci. Et si elle avait été enregistrée, ou mentionnée dans des actes authentiques, tels que procès-verbaux de scellé ou autres actes publics, comme alors elle aurait acquis une date certaine, puisqu'elle l'aurait acquise même à l'égard des tiers (art. 1328), elle ferait également foi de tous les termes antérieurs à celui pendant lequel elle aurait acquis cette date. Tout cela est incontestable.

227. Lorsqu'une dette ordinaire est payable en plusieurs fois, la quittance donnée sans expression de la somme, par exemple: *J'ai reçu de mon beau-père ce qu'il me doit pour la dot de ma femme*, ne comprend que les termes échus à l'époque de sa date, parce que, dit Pothier d'après Loisel, il n'est pas présumable, suivant ce brocard de palais, *qui a terme ne doit rien*, que le débiteur ait payé ce qu'on ne pouvait pas encore exiger de lui : on n'est pas présumé renoncer au bénéfice du terme.

Il y aurait plus de difficulté, dit le même auteur, « si la quittance était ainsi conçue, » *J'ai reçu la dot de ma femme.* » Ces expressions générales et indéfinies paraîtraient comprendre toute la dot, et par conséquent même les portions dont les termes de payement n'étaient pas encore échus à l'époque de sa date.

A plus forte raison en serait-il ainsi, dans ce cas, si elle n'était pas datée. Si elle ne l'était pas non plus dans la première hypothèse, pour être conséquent avec ce qui vient d'être dit sur le cas où la dette était pour loyers, fermages ou arrérages, et que la quittance n'exprime ni la somme payée ni l'année à laquelle se rapporte le payement, il faudrait peut-être décider qu'elle ne comprend qu'un terme, ou les termes échus au moment où elle a acquis date certaine; mais nous pensons que les circonstances de la cause devraient être prises en grande considération, pour déterminer à quelle partie de la dot se rapportait la quittance lorsqu'elle a été délivrée.

228. Dans la troisième hypothèse, celle où la quittance n'exprime ni la somme payée ni la cause de la dette, comme lorsqu'elle porte simplement : *Je reconnais avoir reçu de M. un tel ce qu'il me doit*, elle comprend toutes les différentes dettes qui existaient à l'époque de sa date, excepté celles qui n'étaient pas encore échues, et celles aussi dont celui qui a donné la quittance ignorait alors l'existence. Elle ne comprendrait pas non plus les capitaux de rente, puisqu'en général ils ne sont pas exigibles, ni ce que celui qui a reçu la quittance ne devait

qu'en qualité de caution d'une autre personne, attendu qu'il n'est pas présumable qu'il ait voulu payer cette dette, au lieu d'user du bénéfice de discussion, dans le cas où il n'y aurait pas renoncé, et surtout qu'il ait voulu payer sans retirer une quittance particulière, au moyen de laquelle il pût facilement exercer son recours contre le débiteur principal. Pothier est du même avis sur tous ces points.

229. Mais cet auteur ne dit rien de l'hypothèse où la quittance qui n'exprime ni la somme payée ni la cause de la dette, ne serait pas datée, supposition cependant qu'il a faite dans d'autres cas. Nous croyons que dans celui-ci, comme dans le précédent, le juge devrait se déterminer par les circonstances de la cause, propres à l'éclairer sur l'époque où la quittance a été délivrée; et que, indépendamment de l'interrogatoire sur faits et articles, et du serment que l'une des parties pourrait déférer à l'autre (que le juge pourrait même déférer comme supplétoire), il y aurait lieu à admettre la preuve testimoniale, sur la demande du débiteur, pour établir l'époque où la quittance a été donnée; car c'est là un simple fait, et d'ailleurs le créancier est en faute de n'avoir pas daté sa quittance.

230. Mais lors même que le créancier, dans le cas d'une quittance générale, n'aurait pas remis au débiteur un billet échu à l'époque du payement, la dette portée en ce billet n'en serait pas moins comprise en la quittance, nonobstant la raison de douter tirée de ce que si elle eût été acquittée, le billet aurait dû être remis; car on peut fort bien présumer que s'il ne l'a pas été, c'est parce que le créancier ne l'avait pas chez lui ou sur lui au moment du payement. Et ces termes généraux, *ce qu'il me doit*, sans aucune réserve, ont pu et dû faire croire au débiteur qu'il n'avait rien à craindre, et lui faire ensuite négliger de retirer son billet. Toutefois, les circonstances de la cause pourraient demander une solution différente.

231. Enfin dans la quatrième hypothèse, celle où la quittance exprime tout à la fois et la somme payée et la cause de la dette, il ne peut guère s'élever de difficulté.

Si la somme comptée excède ce qui était dû pour la cause exprimée, le débiteur, en supposant qu'il ne dût pas, pour une autre cause, une chose de même espèce, a l'action en répétition de l'excédant, *condictio indebiti;* et il l'a pour le tout, s'il n'y avait pas de dette.

232. La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le payement, et en opère la libération. (Art. 1908.)

La question de savoir si les quittances d'une ou plusieurs années d'arrérages font présumer le payement des précédentes, sera traitée quand nous parlerons des présomptions.

§ III.

Des tailles.

SOMMAIRE.

233. *Ce qu'on entend* par tailles; *corrélatives à leurs échantillons, elles font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail.*

234. *Ce qui doit avoir lieu dans le cas où le débiteur ne représente pas sa contre-taille ou son échantillon.*

235. *Si le débiteur nie la fourniture, la taille ne fait pas preuve, mais elle peut, comme un registre, autoriser le juge à déférer le serment au marchand.*

236. *Les tailles, lorsque l'échantillon est représenté, doivent être considérées comme un arrêté de compte entre les parties, qui empêche la prescription de six mois ou d'un an.*

233. On appelle *tailles* un morceau de bois fendu en deux, et sur les deux parties duquel, rapprochées l'une de l'autre, on fait des signes ou coches pour constater la quantité des marchandises livrées par les fournisseurs aux consommateurs. Le marchand ou détaillant garde l'une de ces parties, qui se nomme la *taille*, et l'autre, appelée *échantillon*, demeure en la possession de celui qui reçoit les fournitures : c'est une sorte de preuve littérale. Les boulan-

gers et les bouchers principalement sont dans l'usage de constater de cette manière les fournitures qu'ils font aux particuliers.

Il serait en effet trop gênant pour eux et pour ceux qui reçoivent ces fournitures, répétées souvent, et pour lesquelles on emploie le ministère tantôt d'une personne, tantôt d'une autre, de les constater régulièrement par écrit, ou de payer à chaque fois. Aussi le Code accorde-t-il aux tailles la force de faire foi en justice : « Les tailles corrélatives à leurs échan» tillons font foi entre les personnes qui sont » dans l'usage de constater ainsi les fournitures » qu'elles font ou reçoivent en détail. » (Article 1333.)

234. Il peut arriver que le débiteur ne représente pas l'échantillon, ou parce qu'il est perdu ou égaré, ou parce qu'il ne lui convient pas de le représenter, et néanmoins qu'il critique la taille comme portant des signes de fournitures qui n'auraient pas été faites. Voici ce que décidait sur ce cas la coutume de Tournai, art. 14 *de l'ampliation*, dont la disposition nous paraîtrait devoir être suivie, parce qu'elle était juste : « Par le style des cours laies, quand » quelque personne fait demande de quelque » somme de deniers, à cause de quelque sorte » de marchandises que ce soit, livrée sur taille, » que le demandeur fait exhibition de sa taille, » requérant que l'ajourné exhibe sa contre» taille; en ce cas le rée (le défendeur) est » ajourné, si avant qu'il ait la contre-taille de » celle exhibée, est tenu à en faire exhibition; » à défaut de quoi faire, la taille par le de» mandeur exhibée est tenue pour vérifiée, et » ce fait, tel demandeur est tenu par après à » vérifier le prix. »

235. Mais si le défendeur nie avoir reçu les fournitures, la taille produite par le demandeur ne peut évidemment pas plus faire preuve que ne le feraient ses propres registres, puisqu'on ne peut se faire un titre à soi-même.

Cependant, d'un autre côté, la taille étant considérée comme une espèce de registre, il y aurait lieu d'appliquer ce que nous avons dit au sujet des registres des marchands à l'égard des personnes non marchandes, savoir, que le juge pourrait déférer le serment au demandeur, si celui-ci jouissait d'une bonne réputation, si le défendeur était dans l'usage de se servir chez lui, et si la fourniture était vraisemblable d'après la quantité de marchandises dont le prix serait demandé. Ces diverses circonstances feraient en effet que la demande ne serait pas *totalement* dénuée de preuve.

236. Doit-on regarder le mode de constater les fournitures par des tailles conformes à leurs échantillons, comme *une reconnaissance, un compte arrêté*, à l'effet d'empêcher le débiteur de pouvoir opposer la prescription de six mois ou d'un an? (Art. 2274.)

Lorsque l'échantillon n'est pas représenté, la taille reste seule, et n'a pas plus de force qu'un article du journal du marchand; par conséquent il ne saurait être douteux que cette prescription a pu courir, sauf au demandeur, comme le porte l'art. 2275, à déférer le serment au défendeur, sur la question de savoir si la chose a réellement été payée.

Mais lorsque l'échantillon est produit, par exemple, parce que, en cas de faillite, ou après décès, il a été mis sous scellé, on peut soutenir que, corrélatif à la taille, il forme une reconnaissance de la dette, une sorte de compte arrêté entre les parties. En effet, si les fournitures avaient été acquittées, on aurait détruit la taille et l'échantillon, du moins cela est présumable, parce que cela se fait ordinairement ainsi; or, comme la prescription de six mois ou d'un an n'est fondée que sur la présomption de payement, on peut, selon nous, prétendre qu'elle n'a pas couru dans l'espèce.

§ IV.

Des copies de titres.

SOMMAIRE.

237. *Toute copie quelconque, grosse ou autre, ne fait foi que de ce qui est contenu au titre original, dont la représentation peut toujours être exigée tant qu'il subsiste.*

238. *Les notaires doivent délivrer les copies*

237. Une règle commune à toutes les copies, c'est que lorsque le titre original subsiste, elles ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée. (Art. 1334.)

238. Les notaires, en effet, ne doivent pas se permettre, même par motif d'interprétation, de rien ajouter, dans les grosses et expéditions qu'ils délivrent, au titre original ou minute, ni d'y rien retrancher. Si la minute est irrégulière sous quelque rapport, ils doivent laisser subsister l'irrégularité dans les grosses et expéditions, parce qu'ils ne doivent pas enlever aux parties le bénéfice de la nullité, si l'irrégularité pouvait donner lieu à la prononcer.

239. Mais lorsque le titre original ne subsiste plus, et que cela est démontré, les copies font foi d'après les distinctions qui seront établies ci-dessous (art. 1335), et le débiteur ne peut prétexter, pour se dispenser d'exécuter l'obligation, qu'on ne lui représente point l'original qu'il a souscrit.

Il a même été jugé par la cour de Paris, le 14 avril 1810 (1), que la transcription littérale d'un testament, dont la minute était perdue ou adirée, dans l'inventaire qui avait été fait de la succession du testateur, suffisait pour constater l'existence et le contenu des dispositions. Et cependant l'arrêtiste ne dit pas que le notaire qui avait fait l'inventaire était celui ou le successeur de celui qui avait reçu le testament; circonstance qui contribuait encore à augmen-

(1) Sirey, 1814, 1, 72.

ter le doute sur l'effet de cette copie, et qui semblait devoir la ranger dans la classe de celles dont il est parlé au n° 3 de l'art. 1335, lesquelles ne sont considérées que comme de simples commencements de preuve par écrit. Bien mieux, tout porte à croire que c'était sur l'*expédition* du testament que la transcription avait été faite dans l'inventaire, en sorte que cette transcription n'était, en réalité, qu'une copie de copie, qui, d'après la disposition finale du même article, ne vaut que comme simple renseignement. Mais les circonstances de la cause ont déterminé la décision.

240. Pour que le créancier soit dispensé de représenter le titre original, lorsque le débiteur en demande la représentation, il faut qu'il prouve qu'il ne subsiste plus; et cette preuve se fait généralement par une attestation de l'officier public qui a reçu l'acte, ou de son successeur ou autre dépositaire de ses minutes, et qui explique, autant que possible, la cause de la perte du titre, si elle a eu lieu par force majeure ou accident, ou, lorsque c'est un titre ancien, la cause probable de l'absence de ce titre du nombre des minutes dont le notaire signataire du certificat est dépositaire; sauf au débiteur à demander qu'un compulsoire soit ordonné, pour s'assurer davantage de la perte réelle de celle dont il s'agit, s'il a des doutes à cet égard.

241. Et, quel que soit le temps qui se soit écoulé depuis que l'acte a été passé, le créancier n'est point dispensé de produire le titre original, tant qu'il n'est pas justifié qu'il ne subsiste plus, si le débiteur prétend ou soupçonne qu'il n'est point fidèlement reproduit dans la copie qu'on lui oppose : la loi ne fait pas, dans ce cas, la distinction qu'elle fait dans l'art. 1337 par rapport aux actes récognitifs, dont on est dispensé de produire l'original, si sa teneur est spécialement relatée dans le titre récognitif, ou s'il y a plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession, dont l'une a au moins trente ans de date.

242. Cependant si le créancier, en vertu de la grosse qui lui a été délivrée, fait une saisie immobilière, parce que son titre réunit toutes les conditions requises à cet effet par l'art. 551 du Code de procédure, comme cette grosse est présumée conforme à l'original, et qu'elle porte mandement aux officiers de justice de la mettre à exécution, le débiteur, s'il croit qu'elle ne lui est pas conforme, doit se pourvoir en référé pour que la minute soit représentée. Car il faut toujours en revenir au titre original tant qu'il subsiste; c'est le véritable dépôt des conventions des parties. Mais l'on sent qu'il ne peut demander à l'huissier de lui représenter ce titre, puisque cet officier ministériel ne l'a pas en sa possession, les minutes restant chez le notaire, et qu'il ne peut pas non plus l'empêcher de mettre la grosse à exécution, puisque le commandement lui en est fait par l'autorité compétente. Le débiteur doit donc se pourvoir au plus tôt en référé, pour obtenir que la minute soit représentée, et pour faire ordonner que jusque-là il soit sursis à la saisie.

243. L'art. 1335 divise les copies en quatre classes, et elles font foi d'après les distinctions suivantes, lorsque le titre original ne subsiste plus.

« 1° Les grosses ou premières expédi-
» tions (1) font la même foi que l'original : il
» en est de même des copies qui ont été tirées
» par l'autorité du magistrat, parties présen-
» tes ou dûment appelées (conformément à
» l'art. 844 du Code de procédure), ou de celles
» qui ont été tirées en présence des parties et
» de leur consentement réciproque.

» 2° Les copies qui, sans l'autorité du ma-
» gistrat, ou sans le consentement des parties,
» et depuis la délivrance des grosses ou pre-
» mières expéditions, auront été tirées sur la
» minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu,

(1) Dans les pays coutumiers, la première expédition se nommait *grosse*; dans les pays de droit écrit, *première expédition*; et partout, titre *paré*, c'est-à-dire exécutoire, sans qu'il soit besoin de *pareatis* de la part des tribunaux. Cependant on peut se contenter d'une première expédition non en forme exécutoire, par exemple, dans le cas d'une reconnaissance d'un droit de servitude, où il n'y a pas de commandement et de saisie à faire, mais seulement un droit à constater.

» ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, en cas de » perte de l'original, faire foi quand elles sont » anciennes.

» Elles sont considérées comme anciennes » quand elles ont plus de trente ans.

» Si elles ont moins de trente ans, elles ne » peuvent servir que de commencement de » preuve par écrit.

» 3° Lorsque les copies tirées sur la minute » d'un acte ne l'auront pas été par le notaire » qui l'a reçue ou par l'un de ses successeurs, » ou par officiers publics qui, en cette qualité, » sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, » que de commencement de preuve par écrit.

» 4° Les copies de copies pourront, suivant » les circonstances, être considérées comme » simples renseignements. »

Analysons chacune de ces dispositions.

244. Il y a une importante différence, suivant Dumoulin (1), entre les premières grosses ou expéditions, et celles qui ont été tirées ensuite d'après l'autorité du magistrat ou du consentement réciproque des parties.

Les premières font foi de leur contenu et de leur date, non-seulement entre les parties, leurs héritiers ou ayants cause, mais encore à l'égard des tiers; au lieu que les autres ne font pas foi à l'égard des tiers. Elles ne font pas foi, dit cet auteur, ni contre le cohéritier, ni contre le fidéjusseur, non appelés à la délivrance de la seconde grosse, ni contre un créancier ou tout autre étranger; et par une conséquence ultérieure, il conclut qu'elles ne suffiraient pas pour constater une priorité d'hypothèque, ni pour faire preuve du titre qui doit servir de fondement à la prescription de dix et vingt ans, parce que tout ce qui s'est fait à l'occasion de la seconde grosse, est par rapport aux tiers, *res inter alios acta, quæ aliis nec prodesse nec nocere potest.*

Nous tombons parfaitement d'accord que la seconde grosse tirée soit en vertu d'une ordonnance du juge, soit d'un commun consentement des parties, ne peut pas faire foi contre un cohéritier ou une caution, ou un codébiteur solidaire ou toute autre personne intéressée qui n'a point consenti à sa délivrance, et qui n'y a point non plus été dûment appelé ; qu'elle est impuissante pour les obliger.

Mais nous croyons aussi qu'elle prouve, même à l'égard des tiers, que la convention a eu lieu, *rem ipsam*, et en conséquence qu'elle peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans, à partir du jour où elle a été tirée, puisque, suivant le sentiment commun des docteurs, un acte sous seing privé a cet effet, à partir du moment où il a acquis date certaine. Le créancier pourrait, par la même raison, prendre inscription en vertu de cette seconde grosse, et se présenter dans les ordres ouverts sur le débiteur, et dans les distributions mobilières. La première grosse était aussi bien, par rapport aux tiers, *res inter alios acta*, que l'est la seconde, et si néanmoins elle eût produit ces effets à leur égard, en tant qu'elle aurait prouvé *rem ipsam*, le fait même de la convention, en un mot le droit du créancier, la seconde doit également le prouver, du moins à partir du jour où elle a été tirée, puisqu'elle est aussi le résultat d'une convention expresse ou tacite entre les parties : expresse, si elle a été tirée d'un commun consentement; tacite, si elle l'a été en vertu d'ordonnance du juge (2).

425. Les copies de la seconde espèce sont celles qu'on appelle expéditions simples. Comme elles ne sont point en forme exécutoire, parce qu'elles sont délivrées depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, chacune des parties peut en lever tant que bon lui semble, sans le consentement de l'autre ou l'autorité du magistrat, à la charge d'en payer le coût.

Et lors même que, par oubli de ses devoirs, le notaire aurait, depuis la délivrance de la grosse à chacune des parties, délivré à l'une

(1) *In consuetud. parisiense*, § 8, gl. 1, n° 37.

(2) * Toullier, 8, nos 430 et 431 ; Rolland, v° *Copie*, nos 25 et 26. — *Contrà*, Solon, n° 110. Elles peuvent servir de commencement de preuve par écrit, induction qui se tire de l'art. 1335, n° 2. (Toullier, nos 432 et 433.)

d'elles une de ces copies en forme exécutoire, sans l'autorité du juge ou le consentement de toutes les parties intéressées, cette copie ne ferait que la même preuve que ferait une copie non en forme exécutoire, ou simple expédition.

Les copies dont il s'agit ne font foi, en cas de perte de l'original, que lorsqu'elles ont été tirées par le notaire qui a reçu l'acte, ou le successeur à ses minutes, et lorsqu'elles ont plus de trente ans de date; mais alors elles font foi, parce qu'on ne peut pas raisonnablement supposer que le créancier se soit préparé si longtemps à l'avance, et dans la prévoyance de la perte du titre original, un moyen d'augmenter les obligations du débiteur : aussi n'est-ce pas à la date de l'acte que l'on doit s'attacher, mais à la date des copies elles-mêmes. Et pour qu'elles fassent foi, en cas de perte de l'original, il est encore nécessaire qu'elles aient été tirées sur la minute même de l'acte, et par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, étaient dépositaires des minutes du notaire au moment où la copie a été tirée.

246. Lorsque ces copies n'ont pas trente ans de date, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit; et il faut bien remarquer que l'article ne dit pas qu'elles *doivent* servir de commencement de preuve, mais qu'il dit simplement qu'elles ne *peuvent* servir que de commencement de preuve par écrit : ce qui est bien différent. Les juges ne sont donc point obligés de les admettre, même à ce titre, si leur conviction s'y oppose (1). D'ailleurs, la cour de cassation, par son arrêt du 30 avril 1807, que nous avons cité précédemment, n° 189, a jugé que l'appréciation des caractères d'une pièce produite comme commencement de preuve par écrit, dans le domaine des juges, et en conséquence que le jugement en dernier ressort ou l'arrêt de la cour d'appel qui rejette une pièce présentée comme commencement de preuve écrite, n'est pas susceptible de cassation.

Lorsque le tribunal admet la copie comme commencement de preuve par écrit, c'est par exception à la définition que l'art. 1347 donne du commencement de preuve écrite, car il n'attribue cet effet qu'à un écrit *qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente*, et qui rend vraisemblable le fait allégué; or, cette copie n'est point un écrit émané de celui à qui elle est opposée, ni de son auteur.

247. Puisque la copie peut valoir comme commencement de preuve par écrit, dans le cas prévu, et sous les conditions qui ont été expliquées, il suit de là que la preuve testimoniale est admissible pour compléter la preuve, puisqu'elle est admissible lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347); mais, à raison de l'ancienneté de l'acte, il sera rare que cette preuve soit possible en fait.

Par voie de conséquence, les juges peuvent aussi se déterminer par le secours des présomptions graves, précises et concordantes, quelle que soit la valeur du litige, puisqu'ils y sont autorisés par l'art. 1353 dans le cas où la loi admet les *preuves testimoniales*. Or elle les admet toutes les fois qu'il y a un commencement de preuve par écrit. (Art. 1347.) Il n'est d'ailleurs point vraisemblable que les rédacteurs du Code, en considérant ces copies comme pouvant servir de commencement de preuve écrite, aient entendu que la preuve testimoniale seule pourrait compléter la preuve; car, ainsi que nous venons de le dire, la preuve par témoins sera rarement possible en fait dans ce cas.

248. Les copies de la troisième espèce sont celles, avons-nous dit, qui ont été tirées sur la minute de l'acte, mais non par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou officiers publics qui, en cette qualité, étaient dépositaires des minutes; elles ne peuvent servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit : ce qui ne veut pas dire qu'elles ont cet effet aussi dans le cas où elles auraient moins de trente ans de date, puisque ce serait leur attribuer la même force

(1) *Voir* ce que nous disons *infrà*, en parlant du commencement de preuve par écrit défini par l'art. 1347.

et valeur que celles qui ont été délivrées par des officiers qui avaient qualité pour le faire, comme dans le cas précédent, ce qui serait contraire aux principes de la matière; mais ce qui veut dire que, lors même que ces copies auraient plus de trente ans de date, elles ne pourront servir que de commencement de preuve par écrit.

Ces copies ont donc été tirées par quelqu'un qui, en raison de quelque circonstance particulière, a eu en son pouvoir la minute de l'acte, puisqu'on les suppose tirées *sur la minute*. Pothier dit qu'elles ne font qu'un *très-léger indice ;* mais l'art. 1335 paraît leur donner plus d'effet, en autorisant les juges à les admettre comme commencement de preuve par écrit. Néanmoins, nous croyons qu'ils doivent être plus réservés à les admettre à ce titre, que celles du cas précédent, qui ont été tirées par le notaire qui a reçu l'acte, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, étaient dépositaires des minutes. Il est vrai qu'on suppose que celles-ci n'ont pas trente ans de date, tandis que celles dont nous parlons maintenant doivent avoir au moins trente ans pour pouvoir être admises comme commencement de preuve écrite; mais cette différence, en général, ne suffit pas, selon nous, pour balancer celle qui résulte de ce que les unes ont été tirées par officiers compétents à cet effet, tandis que les autres l'ont été par d'autres personnes : aussi Pothier ne les regardait-il que comme de très-légers indices (1).

249. Les copies de la quatrième espèce sont les copies de copies, et l'art. 1335 dit qu'elles peuvent, suivant les circonstances, être considérées comme *simples renseignements*. Cependant il est des cas où elles ont un bien plus puissant effet, puisqu'elles font preuve complète, sauf à l'autre partie à demander la représentation du titre original, s'il existe, et à s'y référer.

250. En effet, suivant l'article 844 du Code de procédure, une partie peut se faire délivrer une seconde grosse non-seulement d'une minute d'acte, mais encore *par forme d'ampliation sur une grosse déposée ;* ce qui n'est qu'une copie de copie, et ce qui ne rentre dans aucun des trois premiers cas de l'article 1335 du Code civil, où il n'est question, dans tous, que de copies tirées *sur la minute*. A cet effet, comme nous l'avons dit précédemment au sujet des secondes grosses tirées sur la minute même de l'acte, la partie présente requête au président du tribunal de première instance : en vertu de l'ordonnance qui intervient, elle fait sommation au notaire dépositaire de la grosse, pour faire la délivrance à jour et heure indiqués, et aux parties intéressées pour y être présentes; mention est faite de cette ordonnance au bas de la seconde grosse, ainsi que de la somme pour laquelle on pourra exécuter, si la créance est acquittée ou cédée en partie.

Et en cas de contestation, les parties se pourvoient en référé. (Art. 845, C. de proc.)

Ainsi encore, si, après avoir fait le dépôt de ma grosse chez un notaire, même autre que celui qui a reçu l'acte, j'en tire une expédition en forme exécutoire, du consentement du débiteur, je pourrai me servir de cette expédition pour exécuter, et elle fera foi contre lui et ses héritiers, en cas de perte de l'original, comme l'original lui-même, quoiqu'elle ne soit cependant qu'*une copie de copie ;* car, puisque le débiteur a consenti à ce qu'elle me fût délivrée, il a par cela même reconnu la vérité des conventions renfermées dans celle sur laquelle elle a été tirée; et comme l'acte par lequel il a fait cette reconnaissance est par-devant notaire, foi lui est due jusqu'à inscription de faux, conformément à l'art. 1319.

Ces deux cas ne sont donc pas ceux qu'on a eus en vue dans le n° 4 de l'art. 1335, quand il dit que « les copies de copies pourront, suivant » les circonstances, être considérées comme » simples renseignements. »

Mais l'on sent qu'il en doit être, par rapport

(1) * Les préposés de l'enregistrement et notamment les receveurs des domaines, qui peuvent prendre, sans frais, copie d'actes publics, etc., aux termes de l'art. 54 de la loi du 22 frimaire an VII, n'impriment pas à ces copies un caractère emportant pleine foi en justice, comme si elles étaient revêtues de la signature d'un fonctionnaire public, à laquelle la loi a attaché authenticité. (Brux., 25 novembre 1851, J. de B., 1851, 1, 57; J. du 19e s., 1852, 2, 34.)

au cohéritier du débiteur, au fidéjusseur ou au codébiteur solidaire, qui n'ont point consenti à la délivrance de la seconde copie, ou qui n'ont point été sommés de se trouver à la délivrance de celle qui aurait été tirée en vertu de l'autorité du magistrat, comme des grosses tirées sur la minute depuis la délivrance de la première, sans leur consentement ou sans qu'ils aient été sommés de se trouver à la délivrance de celle qui a eu lieu en vertu d'ordonnance du juge : elle ne peut non plus faire foi contre eux. Mais, à l'égard des tiers, elle prouverait également *rem ipsam*, comme la première grosse; elle servirait en conséquence de base à la prescription de dix et vingt ans, à partir de sa date, et si la convention emportait hypothèque, le créancier pourrait pareillement prendre inscription.

251. Une seconde espèce de copies de copies se trouve dans le cas suivant, mais avec des effets biens moins étendus que dans ceux dont nous venons de parler. C'est lorsqu'un tiers veut faire usage d'une copie tirée sur celle qu'une autre personne avait elle-même fait tirer sur la minute de l'acte. Pothier donne cet exemple, d'après Dumoulin : « Pierre, domestique » d'un de mes parents dont je suis héritier, a » fait, en vertu d'une ordonnance du juge, en » la présence de mon procureur, tirer copie » entière du testament de ce parent; après quoi » il s'est fait saisir par moi d'un legs de 100 écus » qui lui était fait par le testament; cette copie » a été tirée sur l'original qui était déposé chez » un notaire. Depuis, survient Jacques qui de- » mande la délivrance d'un legs de 10,000 écus » porté par le même testament; et comme l'ori- » ginal a été depuis égaré, il donne requête au » juge pour en être tiré copie en ma présence, » ou moi dûment appelé, sur celle qui en avait » été tirée par Pierre. Dumoulin dit que cette » copie tirée par Jacques sur celle tirée par » Pierre, ne fait pas contre moi *preuve en- » tière,* telle que ferait en faveur de Pierre celle » que Pierre a tirée sur l'original, parce que, » dit-il, *nova contradicendi causa subest.* J'ai » aujourd'hui des raisons de contredire et de » contester l'original, que je n'avais pas lorsque » Pierre a fait tirer sa copie : le legs que Pierre » me demandait étant un legs modique de » 100 écus, il ne valait pas la peine que je con- » testasse l'original du testament; c'est pour- » quoi j'ai pu négliger les moyens que j'avais » de le contester. Mais aujourd'hui que Jac- » ques me demande 10,000 écus, j'ai un grand » intérêt d'examiner si l'original du testament » est en règle; c'est pourquoi, de ce que j'ai » bien voulu passer la copie de Pierre pour la » copie d'un testament en règle, il ne s'ensuit » pas que je doive reconnaître la même chose à » l'égard de la copie de Jacques, tirée sur celle » de Pierre. »

Cette décision nous paraît incontestable, mais le Code dit que les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements; au lieu que Dumoulin et Pothier, dans l'espèce ci-dessus, semblent considérer la copie de copie comme plus puissante, en disant qu'elle ne fait pas *preuve entière,* ce qui indique clairement, selon eux, qu'elle fait un commencement de preuve écrite très-considérable; or, d'après les deux dernières dispositions de l'art. 1335 combinées, il est clair qu'un commencement de preuve par écrit est plus qu'un simple renseignement. Mais dans l'espèce prévue par ces auteurs, la copie de copie doit en effet valoir comme un commencement de preuve écrite, et l'on a vu plus haut que la cour royale de Paris a ordonné la délivrance d'un legs porté dans un testament perdu ou adiré, dont on ne représentait d'autre preuve que la transcription littérale faite dans l'inventaire de la succession, copie qui avait probablement eu lieu aussi sur une expédition, ou copie de l'original.

252. Il y a encore une autre espèce de copies de copies : lorsque la partie fait tirer une copie de l'expédition ou même de la grosse qui lui a été remise, en l'absence de l'autre partie, et sans ordonnance du juge. Cette copie, fût-elle tirée par un notaire, ne pourrait servir que de simple renseignement, et non de commencement de preuve par écrit; car le notaire ne pourrait attester qu'une chose, qu'il a tiré cette copie sur celle qui lui a été présentée ou remise en dépôt, et qu'il l'a tirée avec la plus scrupuleuse exactitude; mais il ne pourrait attester *propriis sensibus* que les conventions

portées en l'acte sur lequel il l'a tirée sont certaines, puisqu'il ne les a pas vu consentir. A plus forte raison si cette copie était un acte sous seing privé, étranger à la partie à laquelle on l'opposerait, ne serait-elle qu'un très-faible renseignement, et même à peu près rien du tout si elle était du créancier lui-même ou de l'un de ses successeurs, ou si elle était dépouillée de signature et de date.

En général, on a eu en vue par copies de copies comme pouvant servir de simples renseignements, celles qui étaient faites anciennement par des commissaires-terriers, et quelquefois par des décimateurs, sur des expéditions qui se trouvaient en leurs mains.

253. Suivant l'art. 1336, « La transcription » d'un acte sur les registres publics ne peut » servir que de commencement de preuve par » écrit; et il faut même pour cela :

» 1° Qu'il soit constant que toutes les mi» nutes du notaire, de l'année dans laquelle » l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, » ou que l'on prouve que la perte de la minute » de cet acte a été faite par un accident parti» culier;

» 2° Qu'il existe un répertoire en règle du » notaire, qui constate que l'acte a été fait à » la même date.

» Lorsqu'au moyen du concours de ces deux » circonstances la preuve par témoins sera ad» mise, il sera nécessaire que ceux qui ont été » témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient » entendus. »

254. La raison que Pothier donnait de ces dispositions, c'est qu'il serait au pouvoir d'un faussaire de faire inscrire sur le registre des *insinuations* un faux acte de donation, et d'anéantir les preuves du faux en détruisant ensuite cet acte. La formalité de la transcription remplace aujourd'hui celle de l'insinuation, et elle n'est prescrite que pour les donations de biens susceptibles d'hypothèques (art. 939), c'est-à-dire les immeubles, leurs accessoires réputés immeubles, et l'usufruit des mêmes biens. (Art. 2118.)

Mais on transcrit aussi les actes de vente d'immeubles, et ceux d'échange de biens de même nature; en sorte que l'art. 1336 est pareillement applicable à la transcription de ces actes.

255. Cet article est muet sur l'effet de l'*enregistrement*, qui n'est rien autre chose qu'une énonciation sommaire de la nature de l'acte et de sa substance, sur un registre, afin d'en constater la date.... et de soumettre les parties au payement des droits de mutation de propriété, ou autres droits fixés par les lois.

Il est clair que, pour les actes sous seing privé, comme les conditions voulues par l'article 1336 ne peuvent exister, l'enregistrement de ces actes ne saurait produire un commencement de preuve par écrit.

Il n'y a donc de question qu'à l'égard des actes authentiques qui n'ont pas été soumis à la formalité de la transcription (1). On peut prétendre que quand bien même les deux conditions exigées par cet article se rencontreraient, le simple enregistrement de l'acte ne doit pas être admis comme commencement de preuve par écrit, attendu que le Code ne le dit pas, ainsi qu'il le dit à l'égard de la transcription; et l'enregistrement n'émanant point de celui auquel il serait opposé, ni de son auteur, l'on ne se trouve dans aucun des cas où la loi autorise l'admission d'un acte comme commencement de preuve écrite. On peut ajouter que le mode de la transcription et celui du simple enregistrement sont fort différents : que la première est la copie littérale de l'acte sur les registres, tandis que l'enregistrement n'est qu'une simple énonciation sommaire de la nature et de la substance de cet acte; et par conséquent comme le premier mode, par le développement de toutes les conventions portées dans l'acte, présente plus de moyens de juger de la vérité de ces conventions, que le second, on conçoit très-bien que la loi ait pu regarder l'un comme

(1) Comme, d'après la loi de finance de 1816, le droit de transcription se perçoit en même temps que le droit proportionnel pour mutation de propriété, on n'a plus d'intérêt à ne pas faire transcrire, comme avant cette loi; en sorte que la transcription a presque toujours lieu, lors même qu'il n'y a point d'hypothèque à purger.

pouvant servir de commencement de preuve par écrit, avec le concours des deux conditions qu'elle a exigées, sans avoir voulu pour cela attacher le même effet à l'autre.

Nonobstant ces raisons, nous pensons qu'au moyen du concours de ces deux conditions, qui sont assurément de fortes garanties contre la possibilité d'un acte faux que l'on aurait fait enregistrer, et que l'on aurait ensuite détruit, il ne peut y avoir d'inconvénients sérieux à admettre l'enregistrement comme commencement de preuve par écrit, si d'ailleurs les circonstances de la cause n'en détournent pas les juges. On ne peut disconvenir qu'il ne rende *vraisemblable* le fait allégué, et c'est là principalement ce que désire la loi pour autoriser les tribunaux à admettre une pièce comme commencement de preuve écrite. Si elle exige dans les cas ordinaires que cette pièce soit écrite de la main de la personne à laquelle on l'oppose, ou de celle de son auteur, c'est parce que c'est la circonstance qui le plus communément rend le fait vraisemblable; or, l'enregistrement, avec la réunion des conditions voulues par l'article précité, rend assurément plus *vraisemblable le fait allégué,* qu'une simple copie tirée par tout autre que l'officier compétent, et cette copie peut cependant, lorsqu'elle est ancienne, valoir comme commencement de preuve par écrit, d'après le n° 3 de l'art. 1335. Et si les copies de copies elles-mêmes, tirées par d'autres que des officiers publics qui avaient qualité pour les tirer, peuvent être considérées, suivant les circonstances, comme simples renseignements, comment pourrait-on décider que l'enregistrement, avec les conditions ci-dessus exprimées, ne doit être d'aucune considération quelconque? Il y aurait évidemment désaccord dans la loi.

Cependant M. Toullier (tome 9, n° 72), n'y attache aucun effet. M. Delvincourt, au contraire, le regarde comme un commencement de preuve écrite; et pour nous, nous croyons que les tribunaux peuvent l'admettre comme tel, ou le rejeter, suivant les circonstances de la cause; que s'ils le rejettent, bien certainement leur décision ne serait pas susceptible d'être réformée en cassation, puisqu'aucune loi n'aurait été violée; mais que s'ils l'admettent, le jugement pourra bien être réformé en appel, si, à raison des circonstances, la cour royale y voit un *mal jugé,* mais que la cour de cassation ne réformerait pas, vu que, d'après sa jurisprudence, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les éléments qui constituent un commencement de preuve par écrit, ainsi qu'elle l'a jugé par son arrêt, déjà cité, du 30 avril 1817 (1).

§ V.

Des actes récognitifs et confirmatifs.

SOMMAIRE.

256. *Ce qu'on entend par* actes récognitifs.
257. *Ce qu'on entend par* actes confirmatifs.
258. *Texte de l'art.* 1337, *touchant l'effet des actes récognitifs.*
259. *Il y en a de deux sortes, quant à la forme en laquelle ils sont conçus, et les effets sont différents.*
260. *Lorsque la teneur du titre primordial est spécialement relatée dans l'acte récognitif, le créancier est dispensé de représenter le titre primordial.*
261. *Mais s'il existe encore, le débiteur peut le représenter, et il faut s'y attacher, quelle que soit l'ancienneté du titre récognitif.*
262. *Cependant le débiteur, si le titre récognitif lui était plus avantageux, et qu'il eût plus de trente ans de date, pourrait opposer la prescription pour ce qui se trouvait de plus dans le titre primordial.*
263. *Cas où la teneur du titre primordial n'est pas spécialement relatée dans le titre récognitif; discussion sur le mérite de la disposition de la loi à ce sujet.*
264. *Sens du mot générique* ratification *et du mot* confirmation.
265. *Les conditions requises par l'art.* 1338 *ne le sont pas pour les actes par lesquels nous ratifions ce qu'a fait un tiers pour nous.*
266. *Mais si l'acte fait par le tiers était sujet à annulation, il ne pourrait être valable-*

(1) * *V.* aussi cass., 16 février 1837; Sirey, 37, 1, 642.

256. On entend par *acte récognitif* celui que le débiteur d'une rente ou autre redevance annuelle donne au créancier en reconnaissance du droit, afin d'empêcher la prescription.

L'art. 2263 statue sur des actes de cette espèce, en disant « qu'après vingt-huit ans de » la date du dernier titre, le débiteur d'une » rente peut être contraint à fournir à ses frais » un titre nouvel à son créancier. » Car, comme les quittances des arrérages sont ordinairement données par acte sous signature privée, et que le créancier n'est pas dans l'usage de retirer des contre-quittances, le débiteur pourrait, après trente ans depuis le titre primordial ou depuis le dernier titre, prétendre qu'il est libéré par la prescription, puisque rien ne constaterait qu'il a reconnu la dette par le payement successif des arrérages, les quittances étant entre ses mains.

Le titre constitutif des servitudes non susceptibles de s'acquérir aujourd'hui par prescription, c'est-à-dire des servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, et des servitudes non apparentes, ne peut être remplacé que par un titre *récognitif* émané du propriétaire du fonds assujetti. (Art. 690, 691 et 695 combinés.)

257. Les actes *confirmatifs* sont ceux par lesquels on donne de la force à un acte précédent qui en était dépourvu, ou qui n'en avait pas une pleine et entière : *qui firmum actum reddunt.*

Et ces actes sont eux-mêmes de deux sortes: ceux qu'on nomme *actes de confirmation*, et ceux qu'on appelle *actes de ratification.* Nous allons parler des uns et des autres.

Art. Ier.

Des actes récognitifs.

258. Les actes *récognitifs*, comme nous l'avons dit, sont ceux par lesquels le débiteur d'une rente ou autre redevance annuelle *reconnaît* le droit du créancier. On les oppose au titre *primordial*, qui, comme le nom le fait entendre, est le premier acte passé entre les parties. Ainsi, le titre primordial d'une rente, est l'acte même de la constitution de la rente.

L'art. 1337, qui règle l'effet de ces actes, porte :

« Les actes récognitifs ne dispensent point de » la représentation du titre primordial, à moins » que sa teneur n'y soit spécialement relatée.

» Ce qu'ils contiennent de plus que le titre » primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, » n'a aucun effet.

» Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, » le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial. »

259. Ainsi, il y a deux sortes d'actes récognitifs : ceux dans lesquels la teneur du titre primordial est spécialement relatée, et ceux où la substance seule de ce titre est mentionnée et reconnue.

Les actes récognitifs qui relatent spécialement la teneur du titre primordial sont ceux que Dumoulin et, d'après lui, Pothier, appellent actes récognitifs *ex formâ speciali ;* ils nomment les autres actes récognitifs *ex formâ communi,* et leurs effets, comme on le voit, ne sont pas les mêmes que ceux des premiers.

260. Quand la teneur du titre primordial est spécialement relatée dans l'acte récognitif, il n'est pas nécessaire, pour que le créancier soit dispensé de représenter ce titre primordial, que l'acte récognitif soit plus ou moins ancien, qu'il y en ait plusieurs ou un seul, et qu'il soit ou non soutenu de la longue possession : tellement que, fût-il seul et n'eût-il qu'un an de date, et moins encore, le créancier serait dispensé de représenter le titre primordial.

261. Mais rien n'empêcherait le débiteur de le représenter, s'il existait encore, et de s'y référer, si les clauses de ce titre contenaient quelque chose de différent de celles de l'acte récognitif, et qui lui serait plus avantageux; car il faut toujours en revenir au titre primordial, lorsqu'il existe, ou lorsque le débiteur est en droit d'en exiger la représentation; et ce que l'acte récognitif contient de différent *n'a aucun effet,* encore que la teneur du titre primordial y fût spécialement relatée, ce que suppose même l'article 1337, et que cet acte eût plus de trente ans de date.

La raison en est simple : une *reconnaissance,*

et l'acte récognitif, comme le nom l'indique, n'est pas autre chose, n'emporte point novation, puisque la novation détruit l'obligation, en lui en substituant une nouvelle (art. 1271), tandis que la reconnaissance a pour objet, au contraire, de la perpétuer. La novation, d'ailleurs, ne se présume pas; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. (Article 1273.) Cela est surtout particulièrement vrai lorsqu'elle aurait pour effet d'augmenter les obligations du débiteur.

Aussi, « les reconnaissances de l'une et l'au-
» tre espèce (*ex formâ speciali* et *ex formâ*
» *communi*), dit Pothier, d'après Dumoulin (1),
» ont cela de commun, qu'elles sont relatives
» au titre primordial; que le reconnaissant
» n'est pas censé vouloir contracter *aucune*
» *nouvelle obligation*, mais seulement *recon-*
» *naître* l'ancienne qui a été contractée par le
» titre primordial. C'est pourquoi, si par la
» reconnaissance, il s'est obligé à quelque chose
» de plus ou de différent de ce qui est porté
» au titre primordial, en rapportant le titre
» primordial et faisant connaître l'erreur qui
» s'est glissée dans la reconnaissance, il sera
» déchargé.

» Cette décision a lieu, quand même l'erreur
» se trouverait dans une longue suite de recon-
» naissances : il faudra toujours en revenir au
» titre primordial. »

262. Cependant Pothier décide ensuite que si l'acte récognitif était plus favorable au débiteur que le titre primordial, et *s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes* dont l'une eût plus de trente ans de date, le créancier ne pourrait, en représentant le titre primordial, prétendre plus qu'il n'est porté par les reconnaissances, attendu que la prescription serait acquise pour le surplus, si toutefois elle avait pu courir contre lui à raison de sa qualité.

Cela est si vrai, que nous ne voyons pas pourquoi Pothier exige qu'il y ait plusieurs reconnaissances conformes ; car la règle que les actes récognitifs se réfèrent au titre primordial, ne fait point préjudice à la prescription telle que de droit, si le cours n'en a été suspendu ou interrompu suivant les causes exprimées par la loi. Ainsi le titre primordial était une constitution de rente de cent francs sans aucune retenue pour impôts ou autre cause; pendant plus de trente ans la rente n'a été payée qu'avec une certaine retenue, comme les quittances en font foi, et il y a un acte récognitif de plus de trente ans de date, qui porte que la rente est avec retenue; il nous paraît certain que la prescription du droit de ne servir désormais la rente qu'avec la retenue, est acquise au débiteur, si elle a pu courir contre le créancier; car, à cause des quittances, portant que la rente n'a été servie qu'avec une retenue, elle aurait eu lieu lors même qu'il n'y aurait pas eu d'acte récognitif : à plus forte raison doit-elle avoir lieu dans l'espèce, où il y en a un, et conformément auquel le service de la rente a été fait. Cet acte eût-il moins de trente ans de date, la prescription, dans le cas dont il s'agit, n'en aurait pas moins pu s'accomplir.

S'il en est autrement lorsque l'acte récognitif est plus onéreux pour le débiteur que ne l'est le titre primordial, c'est parce que ce serait le créancier qui invoquerait la prescription, par conséquent celle à l'effet d'acquérir; or, l'on ne peut prescrire contre son titre à l'effet d'acquérir (art. 2240) ; au lieu que dans la dernière hypothèse, c'est au contraire le débiteur qui invoque la prescription, et l'on prescrit fort bien contre le titre que l'on a donné contre soi, parce que l'on prescrit à l'effet de se libérer; c'est même toujours ainsi que s'opère cette sorte de prescription. (Art. 2241.)

263. Mais pourquoi, dans le cas où la teneur du titre primordial n'est pas spécialement relatée dans l'acte récognitif, exige-t-on qu'il y ait *plusieurs reconnaissances conformes*, et dont l'une ait au moins trente ans de date, pour que le créancier soit dispensé de représenter le titre primordial?

C'est un des principes posés par Dumoulin, et suivis par Pothier. Ces auteurs se fondaient

(1) *Nam recognitiones non interponuntur animo faciendæ novæ obligationis, sed solùm animo recognoscendi : undè simplex titulus novus non est dispositorius.* (*In Consuet. paris.* § 8, gl. 1, nos 19 et 88.)

sur ce que le débiteur n'est pas censé vouloir contracter aucune nouvelle obligation par le nouvel acte, ce qui est vrai; et ils disaient que si le créancier est dispensé de représenter le titre primordial, lorsqu'il y a plusieurs reconnaissances conformes, dont l'une, soutenue de la possession, a plus de trente ans de date, c'est parce que cette conformité de reconnaissance fait présumer qu'elles rappellent fidèlement le contenu du titre primordial; mais que cette raison n'existe pas lorsqu'il n'y a qu'une seule reconnaissance, encore qu'elle eût plus de trente ans.

Le véritable motif, c'est que Dumoulin avait voulu, dans les matières féodales, prémunir les vassaux contre les usurpations des seigneurs; mais ce motif n'existe point dans les matières ordinaires.

En effet, pourquoi une reconnaissance qui, sans relater spécialement la teneur du titre primordial, en contient néanmoins clairement et positivement la substance, une reconnaissance *ex formâ communi,* comme disent ces auteurs, ne ferait-elle pas foi, quoiqu'elle n'eût pas trente ans de date, sauf au débiteur à rapporter le titre primordial, s'il croit qu'il est moins onéreux pour lui? Est-ce que ce n'est pas là un aveu par écrit? incontestablement. Or puisque, suivant l'art. 1335-1°, les copies tirées du consentement des parties sur la minute de l'acte, depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, font foi en cas de perte de l'original, on ne voit pas pourquoi une reconnaissance du débiteur ne ferait pas foi comme le titre primordial, dans le même cas. Et si, d'après le n° 2° du même article, une copie seule ayant plus de trente ans de date, et tirée par le dépositaire de la minute, fait également foi, en cas de perte de l'original, quoiqu'elle ait été tirée depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, sans le consentement de toutes les parties intéressées et sans l'autorité du juge, comment une reconnaissance signée du débiteur, et qui, pour cette raison, offre assurément bien plus de garantie, pourrait-elle être rejetée parce qu'elle serait seule, encore qu'elle eût plus de trente ans de date, et qu'elle fût soutenue de la possession? Que cette reconnaissance n'ajoute rien à l'obligation du débiteur, rien de mieux, parce que celui-ci n'est pas présumé avoir voulu faire novation à son préjudice; mais du moins elle devrait dispenser le créancier de représenter le titre primordial, sauf au débiteur à le représenter lui-même, s'il prétend qu'il est moins onéreux pour lui, et elle devrait l'en dispenser, encore qu'elle eût moins de trente ans de date.

C'est aussi l'avis de M. Delvincourt, qui pense qu'il n'est pas d'autre moyen de concilier l'art. 1337 avec l'art. 1335 et les véritables principes sur l'aveu par écrit, qu'en distinguant les personnes auxquelles l'acte récognitif est opposé. Selon lui, la reconnaissance, de quelque manière qu'elle soit rédigée, quelle que soit sa date, et encore qu'elle soit seule, fait foi contre celui de qui elle émane et ses héritiers, parce que c'est réellement un aveu par écrit, sauf à eux à produire le titre primordial; mais elle ne fait foi contre les tiers que lorsqu'elle réunit les conditions exigées par l'art. 1337 (1).

Toutefois, en adoptant la première partie de cette décision, nous modifions la seconde, en ce que les cohéritiers du reconnaissant, ses codébiteurs solidaires et ses cofidéjusseurs, ne sauraient être liés par l'acte récognitif qu'autant qu'ils y seraient intervenus, lors même que la teneur du titre primordial y serait spécialement relatée; car cette condition n'est point prouvée à l'égard de ceux qui n'ont point consenti à cet acte : il est pour eux *res inter alios acta, quæ aliis nec nocet nec prodest;* en

(1) * La débition d'une rente est suffisamment prouvée, si elle a été indiquée par le débiteur comme charge du fonds dans un acte d'emprunt contenant constitution d'hypothèque ou dans un acte de partage. (Liége, 28 novembre 1814; Liége, cass., 6 juillet, et 21 décembre 1825; Rec. de Liége, 9, 35, 274, 569; Toullier, 10, n° 302.)

L'administration du domaine, en qualité de représentant des princes, et des établissements religieux, peut, tant d'après la jurisprudence ancienne que d'après le Code civil, invoquer comme titre récognitif l'acte de transport dans lequel l'acquéreur s'oblige à payer des rentes à la décharge de celui qui effectue le transport, bien que les princes et les établissements religieux représentés par l'administration du domaine n'y aient pris aucune part. (Cass., Liége, 21 décembre 1826, 9, 569.)

sorte qu'ils peuvent toujours, si on les poursuit, exiger la représentation du titre primordial, par lequel seul ils sont ou se sont obligés. Ce que nous avons dit à leur égard dans le cas d'une seconde grosse délivrée sans leur consentement, et sans qu'ils aient été sommés en vertu d'ordonnance du juge de se trouver présents à la délivrance, est applicable aussi aux actes récognitifs parce que la raison est absolument la même. Du reste, la reconnaissance prouverait la convention ou l'obligation, *rem ipsam,* à l'égard des autres créanciers du débiteur, encore qu'elle eût moins de trente ans, et que la teneur du titre primordial n'y fût pas spécialement relatée; et en conséquence le créancier pourrait prendre inscription, si elle l'y autorisait, renouveler celle qu'il avait déjà prise, et se présenter dans toutes les distributions de deniers.

Art. II.

Des actes confirmatifs.

264. Généralement, le mot *ratification* signifie la même chose que le mot *approbation :* l'un et l'autre terme s'appliquent parfaitement à l'acte par lequel nous nous rendons propre ce qui a été fait par un tiers pour nous, en notre nom, sans un ordre ou mandat de notre part; et cet acte est lui-même assimilé au mandat: *rati enim habitio mandato comparatur*. (LL. 12, § 4, ff. *de solut.*, et 1, § 14, ff. *de vi et vi armatâ.*)

Mais quand nous approuvons un acte fait par notre auteur, et auquel nous avons nous-mêmes concouru, et qui peut être attaqué à cause de quelque vice, alors le nouvel acte s'appelle plus spécialement *acte confirmatif,* quoique le Code, notamment dans l'art. 1338, lui donne indifféremment la dénomination d'*acte de confirmation* ou *de ratification*.

265. Cela est indifférent quand il s'agit de l'approbation des actes auxquels nous avons concouru par nous-mêmes ou par nos auteurs; mais lorsqu'il s'agit d'actes faits par des tiers, en notre nom ou pour nous, et que nous approuvons ensuite, alors cette espèce de ratification n'est point régie par l'article 1338, dans sa première partie; elle a ses principes au titre *du Mandat.* C'est ce qu'a jugé, avec beaucoup de raison, la cour suprême, par arrêt de cassation, du 26 décembre 1815 (1), dans l'espèce suivante :

Le 23 juin 1811, le sieur Lapierre-Beaupré, stipulant au nom de son père, en vertu d'une procuration générale, fit avec son frère, Lapierre-Dalard, un acte en forme de transaction, renfermant quelques aliénations des droits et des biens du père commun, et quelques renonciations.

Le 24 juillet suivant, le père approuva et ratifia formellement, par un acte sous seing privé, la transaction faite entre ses fils, en tout son contenu. Il reconnut, en outre, par cet acte, avoir reçu présentement la somme de 350 fr. pour le premier terme d'une pension viagère de 700 fr., stipulée à son profit dans la transaction.

Mais ensuite il prétendit que la procuration générale qu'il avait donnée à son fils Lapierre-Beaupré ne contenant point le pouvoir d'aliéner, comme le veut l'article 1988 du Code civil pour que le mandataire puisse aliéner avec effet, la transaction était nulle, et que la ratification l'était également pour ne renfermer pas la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice de la transaction, ainsi que le voulait, suivant lui, l'article 1338.

Cette prétention fut accueillie par la cour de Nîmes; mais l'arrêt de cette cour a été cassé pour fausse application de l'art. 1338, et contravention à la deuxième partie de l'art. 1998.

« Considérant que l'article 1338 ne parle » que des obligations; qu'il est facile de con- » cevoir que la ratification d'une obligation dé- » pourvue des mentions qu'exige ledit article, » n'ajoute rien à l'obligation même, qu'elle » laisse subsister les vices, les nullités dont » cette obligation peut être infectée, vices et » nullités auxquels rien n'annonce que l'on ait » songé, et que l'on ait voulu réparer;

» Mais qu'il en est autrement de la ratifica- » tion donnée par un commettant à l'acte fait

(1) Sirey, 1816, 1, 243; Dalloz, 19, 105.

» par son mandataire : en ratifiant, le com-» mettant s'approprie l'acte, il l'adopte, et il » se met au même état que s'il l'avait consenti » et souscrit lui-même; la ratification tient lieu » de tous les pouvoirs; et tant que la ratifica-» tion subsiste, on ne peut être écouté à atta-» quer l'acte, en alléguant que le mandataire » n'avait pas des pouvoirs suffisants.

» L'article 1998 du Code a statué sur l'effet » de la ratification par les mandants; il déclare » les mandants tenus de tout ce qu'ont fait les » mandataires au delà de leur mandat, s'ils » l'ont ratifié expressément ou tacitement; il » ne soumet point, dans l'espèce, les ratifica-» tions aux formes et aux énonciations exigées » par l'article 1338 pour la ratification des » obligations : d'où il résulte que l'arrêt atta-» qué a fait une fausse application de l'arti-» cle 1338, et a contrevenu à la seconde partie » de l'article 1998; casse, etc. »

Comme il y avait eu exécution volontaire de la transaction de la part du sieur Lapierre père, qui avait reçu le payement d'un terme de la pension qui avait été stipulée à son profit, on eût pu, en vertu de l'article 1338, qu'il invoquait cependant en sa faveur, décider qu'il était non recevable à l'attaquer; car la seconde disposition de cet article attache à l'exécution volontaire, faite en temps où l'acte a pu être valablement ratifié, le même effet que celui d'une ratification expresse. Mais la cour suprême a cru devoir décider la question sous un point de vue plus général, et en droit.

266. Du reste, comme la ratification fait seulement supposer que le mandant a fait lui-même ce que le mandataire a fait au delà de ses pouvoirs, il s'ensuit que si l'acte passé par celui-ci était infecté d'un autre vice que celui de défaut de pouvoir, par exemple d'un vice de forme, ou de dol, la ratification du mandant changeant alors de caractère, elle devrait, pour être valable, réunir toutes les conditions voulues par l'article 1338, puisque ces conditions seraient exigées si c'était lui qui eût souscrit l'acte ratifié.

267. La première partie de cet article est ainsi conçue : « L'acte de confirmation ou de » ratification d'une obligation contre laquelle » la loi admet l'action en nullité ou en resci-» sion, n'est valable que lorsqu'on y trouve la » substance de cette obligation, la mention du » motif de l'action en rescision, et l'intention » de réparer le vice sur lequel cette action est » fondée. »

On a craint et voulu prévenir les surprises; pour cela, on a exigé que celui qui confirmerait un acte sujet à annulation ou à rescision, le fît en connaissance de cause; qu'il sût bien de quel vice il était infecté, et qu'il manifestât clairement son intention de le purger.

En sorte que l'approbation expresse dont parle l'article 1115, à l'égard d'un acte infecté du vice de violence, doit avoir lieu conformément à cette disposition; car cet article pose seulement le principe que le vice de violence se purge par une approbation soit *expresse*, soit tacite, soit en laissant passer le temps fixé par la loi pour pouvoir exercer l'action en nullité; il ne détermine point les conditions et formalités que doit contenir l'acte même d'approbation : c'est l'article 1338 qui est la règle à observer à cet égard. Ainsi, l'acte qui porterait simplement *Je déclare confirmer et ratifier la convention en date de tel jour que j'ai faite avec M. un tel* ne serait pas valable, parce qu'il ne contiendrait pas la substance de cette convention ou obligation, ni la mention du vice de nullité dont elle se trouverait infectée.

268. Cependant si une peine y était ajoutée pour le cas où la partie reviendrait contre l'acte irrégulièrement confirmé, par exemple, s'il y était dit : *A peine de mille francs de dommages intérêts,* la clause pénale aurait effet si la partie n'exécutait pas l'acte confirmatif. Il n'y aurait pas lieu d'appliquer à ce cas la règle que lorsque l'obligation principale est nulle, elle entraîne la nullité de la clause pénale (article 1227); ce serait, au contraire, la clause pénale qui devrait être considérée comme l'obligation principale, tout comme s'il avait été dit : *Promettez-vous de me payer mille francs, au cas où vous reviendriez contre l'acte que j'ai fait avec vous en date de tel jour?* Dans le droit romain aussi, la nullité de l'obligation princi-

pale entraînait la nullité de la clause pénale (1), et en principe, l'on ne pouvait, pas plus que chez nous (art. 1119), promettre ou stipuler pour autrui (2) ; et néanmoins si l'on avait joint une peine à une promesse ou à une stipulation de cette nature, la peine était valablement stipulée, parce qu'on la considérait comme stipulation principale faite sous une condition, c'est-à-dire pour le cas où la promesse du fait du tiers, ou la stipulation faite pour lui, ne serait pas remplie ou exécutée (3). La même chose aurait lieu dans notre droit, ainsi que nous l'avons démontré précédemment (4) ; et il en doit être ainsi, par les mêmes motifs, de la clause pénale jointe à un acte confirmatif.

Il y aurait toutefois cette différence d'avec le cas où cet acte réunirait toutes les conditions requises par la première partie de l'art. 1338, que, dans ce même cas, le créancier aurait le droit, en répudiant la peine, de demander l'exécution pleine et entière de l'acte confirmatif, et par conséquent de l'acte confirmé (art. 1228); au lieu que si l'acte de confirmation ne contient pas toutes ces conditions, le créancier ne peut demander que la peine, s'il en a été stipulé une, et si d'ailleurs l'acte est valable à cet effet sous tout autre rapport.

269. On peut aussi, par la voie de la novation, convertir une obligation susceptible d'être annulée ou rescindée, mais aussi d'être confirmée, en une nouvelle obligation, sans remplir les conditions prescrites par l'article 1338; mais il faut pour cela que l'intention de faire novation ne soit pas douteuse. *Voy.* à cet égard, ce qui a été dit au tome X, n° 343, sur *la cause* des obligations, et au tome XII, n° 294, sur *la novation*.

270. Il ne faut pas non plus confondre les transactions avec les actes confirmatifs, quoique l'on confirme souvent par une transaction un acte sujet à rescision ou à nullité, et quoique souvent aussi une confirmation d'acte soit faite en vue de prévenir une contestation. Mais la transaction emporte de part et d'autre abandon de quelque prétention, elle emporte des sacrifices réciproques (5) ; au lieu que l'acte de confirmation, s'il n'est pas toujours fait sans aucun prix, ce prix du moins est ordinairement en dehors de l'acte, et de quelque chose qui ne fait généralement point partie de celle qui était la matière de l'acte ratifié. Le but direct et avoué d'une transaction, est de terminer un procès ou d'en prévenir un (art. 2044); celui d'un acte confirmatif est de donner de la force à une convention qui en manquait, ou qui n'en avait pas une pleine et entière. Or, suivant l'art. 2054, il y a bien lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité, et, sous ce rapport, il en serait des transactions comme, d'après l'art. 1338, des actes confirmatifs, qui sont nuls aussi si l'on n'a pas parlé, dans l'acte, du vice dont l'obligation était infectée; mais comme, d'après l'article 2052, les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, on en a tiré la conséquence que celle qui a été faite en exécution d'un titre nul n'était pas sujette à rescision, quoique les parties n'eussent pas transigé expressément sur la nullité, si elles n'ont pu l'ignorer que par erreur de droit; en sorte que la mention du vice de nullité dans l'acte n'a pas été regardée comme indispensable à la validité de la transaction. C'est ainsi que l'on a concilié les art. 2054 et 2052 entre eux, en distinguant les causes de nullité qui n'ont pu être ignorées de la partie que par suite d'une erreur de droit, d'avec celles qui ont pu être ignorées par suite d'une erreur de fait : c'est dans ce dernier cas seulement que l'art. 254 est applicable (6).

Au lieu que, pour les actes confirmatifs, cette distinction n'a point été admise par le Code,

(1) L. 129, § 1, ff. *De regul. juris.*, et L. 69, ff. *De verb. oblig.*

(2) §§ 3 et 4, Instit. *de inutil. stipul.*

(3) *Ibid*, §§ 19 et 20.

(4) Tome X, nos 216 et 227.

(5) Voët, *ad Pandectas, tit. de transact. Transactio*, dit cet auteur, *est super re dubiâ aut lite incertâ conventio non gratuita, sed aliquo dato, vel promisso, vel retento.* (L. 38, Cod. *de transact.*, et L. 1, ff. *eod. tit.*)

(6) *V.* à cet égard l'arrêt de la cour de cassation du 25 mars 1807; Dalloz, 27, 239, et ce que nous avons dit nous-mêmes au tome X, n° 347.

qui veut, dans tous les cas, pour que ces actes soient valables, qu'ils renferment ces trois conditions : 1° la substance de l'acte confirmé ou ratifié; 2° la mention du vice de nullité ou de rescision; 3° l'intention claire et positive de la partie de réparer le vice sur lequel l'action en nullité ou en rescision était fondée : en sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner si la partie qui a fait l'acte de confirmation qui ne réunit pas ces conditions, l'a souscrit par suite d'erreur de droit, c'est-à-dire par ignorance de la loi qui lui donnait le droit de l'attaquer, ou si elle l'a consenti par erreur de fait, par exemple dans l'ignorance du dol pratiqué envers son auteur : dans tous les cas l'acte de confirmation est nul.

271. On ne peut, au surplus, confirmer les engagements et promesses qui n'ont aucune existence aux yeux de la loi, qui ne produisent aucune obligation, qui ne lient personne, qui sont nulles de plein droit, et l'égard desquels le Code n'a pas même cru qu'il fût nécessaire d'établir une *action* en nullité qui dût s'exercer dans un certain délai, ainsi qu'il l'a fait par l'art. 1304, pour les obligations dont parle cet article (1).

« Telles sont, disait l'orateur du gouverne-
» ment dans le développement des motifs du
» projet de loi, telles sont les conventions qui
» ont pour objet une chose hors du commerce,
» celles qui n'ont point de cause, ou qui n'en
» ont qu'une fausse, ou qui n'en ont qu'une il-
» licite. »

Ces conventions, ainsi que nous l'avons dit en traitant *de l'action en nullité ou en rescision,* au tome précédent, n° 523, ne se confirmant point par le silence de la partie pendant les dix ans donnés pour attaquer les engagements annulables ou rescindables, ne sauraient, par la même raison, être ratifiées par des déclarations expresses : les actes confirmatifs seraient nuls comme elles. *Voyez* en ce sens, l'arrêt de la cour de Paris, du 3 août 1811, confirmé par la cour de cassation, par arrêt du 9 juin 1812 (2).

272. Au lieu qu'on peut confirmer les obligations annulables ou rescindables pour vice de violence ou de dol, d'erreur ou de lésion, ou qui ont été consenties par des personnes incapables, parce que ces différents vices tombant sur le consentement qui était imparfait, un nouveau consentement exempt de ces vices purge ceux qui infectaient le premier (3).

On peut aussi confirmer les engagements qui sont constatés par des actes nuls pour vices de forme, sauf ce qui est établi par l'art. 1339, et dont nous parlerons plus bas.

273. Si la convention renferme plusieurs vices, il ne suffit pas, suivant les docteurs, de la ratifier expressément à l'égard d'un seul, il faut la ratifier à l'égard de tous, pour que le débiteur ne puisse plus revenir contre l'acte confirmé. D'après cela, il serait nécessaire de mentionner tous les vices dans l'acte confirmatif, et tel paraît être l'esprit de l'art. 1338; car la partie ne doit pas être censée avoir voulu renoncer à un moyen de nullité dont elle pouvait ignorer l'existence, ce qui est surtout facile à supposer quand c'est une obligation de son auteur qu'elle confirme : peut-être n'eût-elle point consenti l'acte de confirmation, si elle eût connu ce vice. Elle a pu, en effet, renoncer à un moyen qui lui paraissait douteux, tandis qu'elle n'eût peut-être point renoncé à un moyen qui lui aurait paru susceptible d'un succès plus certain (4).

Telle est la décision de Brunneman, décision qu'il déduit de la loi 1re au Code, *si major factus alienat, sine decreto ratam habuerit,* suivant laquelle, lorsqu'un acte est infecté tout à la fois d'un vice de nullité et d'un vice de lésion, on ne doit pas conclure de ce que le premier

(1) * L'exécution, pas plus que la ratification ou approbation expresse d'un acte entaché d'usure, n'en peut effacer le vice. (Douai, 29 mai 1828; Brux., 25 octobre 1828; Rej., 31 décembre 1833; J. de B., 1829, 1, 202; Sirey, 34, 104; Toullier, 8, n° 515.)

(2) L'un et l'autre arrêt, avec tous les faits de la cause, sont rapportés dans Sirey, 1812, 1, 233; Dalloz, 20, 329.

(3) * L'inscription prise en vertu d'un acte postérieurement jugé simulé, même en supposant la simulation connue de l'auteur de cet acte vicieux, n'est point par elle-même une ratification ou confirmation. (Req., 24 janvier 1833; Sirey, 33, 209.)

(4) * Toullier, n° 498. — *Contrà*, Rolland, nos 43 et suivants.

de ces vices se trouve purgé par un certain laps de temps ou par une ratification expresse, que le second l'est également. *Collige ex hâc lege*, dit cet auteur, sur cette loi, *quandò duo sunt vitia contractus, scilicet nullitatis et læsionis, licet sublata causa nullitatis ex cursu temporis, vel expressâ ratificatione, non tamen esset sublata causa læsionis.* C'est ainsi la décision de Menochius et de Montanus cités par lui.

Dans l'espèce de la loi, le curateur de mon père, dont je suis devenu l'héritier, avait cédé à un des créanciers de mon père un immeuble en payement, sans un décret du préteur, décret qui était nécessaire, à peine de nullité, pour l'aliénation des immeubles d'un mineur, et la cession avait eu lieu aussi à vil prix. Mon père, devenu majeur, avait ratifié l'aliénation, mais dans l'ignorance qu'elle était infectée du vice de lésion. L'empereur Gordien décide que le vice de nullité est bien couvert par la ratification, mais que celui de lésion ne l'est pas, et en conséquence que je puis encore demander la rescision de l'acte d'aliénation pour cette cause; sauf à l'autre partie à arrêter le cours de mon action, en me payant le supplément du juste prix de l'immeuble.

274. Néanmoins si le vice qui n'a pas été mentionné dans l'acte, lorsqu'un autre vice l'a été, était un vice de forme, il est à croire que la partie ne pourrait pas revenir contre l'acte confirmé, attendu qu'elle serait facilement présumée avoir connu ce vice, et avoir renoncé au droit de l'opposer. Cela serait du moins vrai en général, parce que généralement les vices de forme sont patents (1), et ne peuvent guère être ignorés que par erreur de droit : or chacun est censé connaître le droit.

A l'appui de cette décision exceptionnelle, on peut citer l'art. 1340, suivant lequel la confirmation ou ratification ou exécution volontaire d'une donation, par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les *vices de forme*, soit toute autre exception; et cependant cet article ne suppose pas nécessairement pour cela que la mention du vice de forme a été faite, ainsi que celle des autres moyens, dans l'acte confirmatif; car alors il eût été bien clair que les héritiers ne pouvaient revenir contre la donation : d'où il eût été inutile de le dire.

L'art. 1311 fournit aussi un argument de même nature, en décidant que le mineur n'est plus recevable à revenir contre l'engagement *qu'il avait souscrit en minorité* (2), lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement *fût nul en sa forme*, soit qu'il fût seulement sujet à restitution. Il semble donc que la mention du vice qui donnait lieu à la restitution est suffisante, et que le mineur ne pourrait ensuite venir dire qu'il n'a pas ratifié l'acte sous le rapport du vice de forme dont il était aussi infecté.

275. Il n'est pas nécessaire, lorsque l'acte confirmatif sous signature privée emporte simplement renonciation au moyen de nullité ou de rescision, qu'il soit fait en double original; mais s'il était conçu dans l'esprit d'une transaction, emportant quelque renonciation à une partie du droit résultant de l'acte ratifié, ou quelque obligation de la part du créancier, *aliquo dato, vel promisso, vel retento*, alors comme il aurait le caractère d'une convention synallagmatique, il devrait être fait en autant d'originaux qu'il y aurait de parties ayant un intérêt distinct, et chaque original devrait contenir la mention du nombre d'originaux qui auraient été faits conformément à l'art. 1325 (3).

276. M. Toullier fait observer que lorsque l'acte de confirmation n'est pas valable, faute de réunir les conditions voulues par l'art. 1338, il ne suit pas de là que le consentement à cet

(1) Nous disons *généralement*, car il peut y avoir des exceptions : par exemple, un des témoins de l'acte pouvait n'avoir pas les qualités requises, et cela n'apparaissait pas au vu de l'acte.

(2) Lui, et non son tuteur, ainsi qu'on l'a dit mal à propos pour établir une théorie que nous avons réfutée précédemment.

(3) * S'il s'agit de la ratification d'un acte dont l'authenticité est indispensable, tel qu'une constitution d'hypothèque, la ratification doit être donnée dans la même forme. (Pothier; Grenier, *des Hyp.*, nº 50.)

égard est absolument sans force, si la partie, capable de le donner, a bien connu le vice de son obligation primitive, et si elle a bien, de son plein gré, promis d'exécuter son engagement; car l'écriture, à l'exception de quelques contrats, comme les conventions d'hypothèque, les contrats de mariage, les donations, n'est point essentielle à la validité d'une promesse, d'un engagement : les seules conditions essentielles sont le consentement des parties, la capacité de celle qui s'oblige, un objet certain ou déterminable, et une cause licite (art. 1108); l'écriture n'est que pour la preuve. D'après cela, si la partie avouait la ratification, elle produirait son effet ; la serment décisoire pourrait aussi lui être déféré, tout comme s'il n'y avait point d'acte confirmatif.

Cependant nous ferons remarquer que si la partie n'avait entendu être liée à cet égard que par un acte, et suspendre son consentement jusqu'à la signature de cet acte, il faudrait décider comme nous l'avons fait précédemment pour le cas où les parties ont entendu traiter par écrit, *in scriptis :* en conséquence, l'aveu et le serment ne devant pas être divisés, devant au contraire être pris en leur entier, la ratification serait nulle par le vice de l'acte, qui devait non-seulement la constater, mais encore la former; car, dans ce cas, l'écriture était essentielle; elle n'était pas seulement pour la preuve, elle était nécessaire à la perfection du consentement qui lui était subordonné, et l'acte étant nul, il n'y a pas de ratification.

277. La seconde partie de l'art. 1338 porte que, « à défaut d'acte de confirmation ou rati-» fication, il suffit que l'obligation soit exécu-» tée volontairement après l'époque à laquelle » l'obligation pouvait être valablement confir-» mée ou ratifiée. »

Par conséquent tout ce qui a été fait durant la violence, ou avant la découverte du dol ou de l'erreur, ne purge point le vice dont l'acte était infecté (1). (Article 892.)

Il en est de même de ce qui a été fait en temps d'incapacité.

278. Un vendeur, en recevant le prix de la chose vendue, exécute assurément le contrat de vente, tout aussi bien qu'en livrant la chose; comme, *vice versâ,* l'acheteur exécute le contrat en recevant la chose, tout aussi bien que lorsqu'il paye le prix; l'un et l'autre fait témoignent également de la volonté de ratifier le contrat (2).

279. Néanmoins quand il s'agit du vice de lésion de plus des sept douzièmes dans le prix de la vente d'un immeuble, le vice n'est pas purgé, et l'action en rescision n'est pas rendue non recevable par le fait seul de la délivrance de la chose ou du payement du prix. L'art. 1681 suppose bien que l'immeuble a été livré par le vendeur à l'acheteur, puisqu'il suppose que cet immeuble est dans la main d'un *tiers possesseur,* ou sous-acheteur, et l'action n'en a pas moins lieu contre ce dernier, sauf à lui à en arrêter le cours par l'offre d'un supplément de prix. S'il n'en eût été ainsi, le but de la loi, en donnant au vendeur l'action en rescision pour cette cause, aurait été manqué dans la plupart des cas, attendu que l'on ne vend ordinairement à très-vil prix que lorsqu'on est pressé par des besoins, par conséquent pour toucher aussitôt le prix en livrant la chose. C'est ce que nous avons déjà dit, au tome VII, n° 589, où nous décidons la même chose, en principe, au sujet des actes de partage entachés de lésion de plus du quart, et exécutés par l'aliénation que le copartageant lésé a faite d'objets échus à son lot.

280. L'exécution partielle démontre, comme l'exécution totale, la volonté de confirmer l'acte vicieux : c'est aussi une approbation tacite; or, d'après l'art. 1115, le vice de violence se purge

(1) * La ratification n'a point d'effet rétroactif, lorsqu'il s'agit de l'intérêt d'un tiers, ou que l'acte qu'on ratifie est nul dans son principe. (Brux., 6 mars 1817; J. de. B., 1817, 1, 271.)

(2)* Celui qui a touché en partie le prix d'une vente et qui a posé divers actes d'exécution tendant à être payé du restant du prix, s'est rendu non recevable à faire valoir les moyens de nullité ou de rescision qu'il aurait pu avoir contre la vente.

Les protestations et réserves qu'il aurait faites lors de ces actes seraient inopérantes. (Liége, 25 juin 1835 ; J. de B., 1836, 499.)

par l'approbation tacite comme par une approbation expresse; et la raison est absolument la même pour le cas où il s'agirait d'un vice de dol, ou d'erreur, ou d'incapacité.

281. Cependant s'il s'agissait d'une obligation sans cause, par exemple d'une promesse de donner 1,000 francs, à titre gratuit, non faite en la forme légale, et exécutée volontairement en partie, le débiteur ne pourrait, il est vrai, répéter ce qu'il aurait ainsi payé, *quia cujus per errorem est repetitio, ejusdem dati consultò, donatio est* (L. 53, ff. *de regul. juris*); mais le porteur de la promesse ne pourrait pas pour cela exiger le surplus car ce surplus serait toujours promis sans cause.

282. Au surplus, lorsque le fait d'exécution, en temps de capacité et de liberté, ou après la découverte du dol ou de l'erreur, ne sera qu'une conséquence pour ainsi dire nécessaire de l'acte, il n'en résultera pas une approbation tacite. Par exemple, de ce que celui qui, par suite de manœuvres frauduleuses de l'autre partie, a acheté un immeuble et a donné en payement du prix des billets à ordre au vendeur, qui les a endossés au profit d'un tiers, a payé ces mêmes billets, quoique depuis la découverte de la fraude, il ne résulte pas de ce payement une approbation tacite et volontaire de l'acte; car il était obligé de les payer au porteur à l'échéance, sauf son recours contre celui qui l'a trompé (1).

La récolte qu'il ferait sur l'immeuble depuis la découverte de la fraude, ne serait point non plus considérée comme un acte d'approbation, mais bien un acte de simple gestion, qu'on ne pouvait même se dispenser de faire.

Il en serait ainsi de tout acte de conservation qui était urgent, comme une maison qui avait besoin d'être étayée, etc.

283. Suivant la loi 3, § 2, ff. *de minoribus*, si un mineur a accepté imprudemment une hérédité, et que devenu majeur il ait payé quelques dettes échues et urgentes de cette même hérédité, cela ne suffit pas pour qu'on doive décider qu'il a entendu ratifier son acceptation, parce que le payement de ces dettes en était une conséquence, la restitution en entier étant d'ailleurs incertaine (2).

284. Et Perez, *ad Codicem*, tit. *si major factus ratum habuerit*, décide, par voie d'analogie, que, si un mineur a vendu quelque chose, et que devenu majeur il en ait fait la délivrance, cette délivrance seule ne suffit pas pour opérer ratification de la vente, attendu, dit cet auteur, qu'elle était une conséquence et une dépendance de l'acte fait en minorité (3).

Nous ne saurions nous ranger à cette décision. Un pareil système conduirait à dire que l'exécution volontaire n'est réellement point une manière de purger le vice des actes; car elle est bien toujours une suite et une dépendance de l'acte, autrement elle n'en serait point une exécution, ainsi qu'on le suppose. Comme ce mineur devenu majeur pouvait se refuser à livrer la chose, et opposer l'exception, si on la lui eût demandée, on doit conclure du fait de délivrance volontaire, qu'il a entendu ratifier.

En un mot, il faut considérer si ce qui a été fait dans le temps où l'acte pouvait être valablement ratifié était ou non une suite nécessaire de l'acte, une chose que l'on ne pouvait négliger de faire sans inconvénients pour l'une ou l'autre partie : alors le fait n'emporte point ratification. C'est donc un point généralement subordonné aux circonstances; les juges auront à examiner si la partie a entendu faire la chose en vue de ratifier l'engagement, ou bien, au contraire, si elle a agi *ex necessitate aut saltem utiliate*, dans l'incertitude surtout de l'admission du moyen de nullité ou de rescision.

(1) * *V.* cass., 27 mars 1812, 5 décembre 1826; Grenoble, 15 novembre 1837; Sirey, 12, 1, 369; 27, 1, 10; 38, 2, 180; Toullier, 8, n° 506; Solon, *Tr. des nullités*, n° 411.

(2) *V.* ce que nous avons dit à ce sujet, au titre *des successions*, tome VI, n° 465, et les autorités qui y sont citées.

(3) * La nullité du traité passé entre un tuteur et son pupille devenu majeur, avant reddition du compte de tutelle et remise des pièces justificatives, est susceptible de se couvrir par l'exécution volontaire de l'acte. (Limoges, 8 mai 1835; Sirey, 36, 1, 1946.— *Contrà*, Lyon, 31 décembre 1832; Grenoble, 15 novembre 1837; Sirey, 33, 2, 173; 37, 2, 180.)

285. Enfin, suivant la dernière disposition de l'article 1338, la confirmation ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, *sans préjudice néanmoins du droit des tiers*.

Il résulte de cette restriction, que si, dans le temps qui s'est écoulé entre l'acte ratifié et l'acte confirmatif, un tiers a acquis des droits d'hypothèque, d'usufruit, de servitude ou de propriété sur les biens qui étaient l'objet de l'acte primitif, la ratification n'aura aucun effet par rapport à lui : les choses resteront à son égard comme si l'acte confirmatif n'existait pas. Et cela est juste, parce que celui qui l'a consenti ne pouvait attribuer à l'autre partie plus de droits qu'il n'en avait lui-même sur les biens dont il s'agit, au moment où cet acte confirmatif a eu lieu.

Ainsi, supposons qu'un mineur émancipé ait consenti une obligation au profit de Paul, pour un emprunt qui n'a point tourné à son profit, qu'il a au contraire dissipé; que, pour sûreté de cette obligation, il a donné à Paul une hypothèque sur tel immeuble, qui a été inscrite de suite ; que devenu majeur il ait consenti aussi une hypothèque à Philippe sur le même immeuble, et que depuis il ait ratifié l'acte qu'il avait passé avec Paul, ainsi que l'hypothèque qu'il lui avait donnée : la ratification ne peut nuire à Philippe; car, comme celui-ci aurait pu se prévaloir de la nullité de l'obligation consentie à Paul, et de la nullité de l'hypothèque qui lui avait été donnée, puisque son débiteur l'aurait pu, et qu'il pouvait exercer ses droits (art. 1166), il résulte de là qu'il peut faire depuis la ratification ce qu'il pouvait faire auparavant, vu qu'en principe, les ratifications ne nuisent point aux droits acquis à des tiers au moment où elles ont eu lieu. Telle est la décision de Basnage, en son *Traité des hypothèques,* chap. III.

Seulement, comme le débiteur pouvait encore, depuis sa majorité, contracter de nouvelles obligations, nonobstant celles qu'il avait déjà consenties, la ratification aura bien tout son effet quant à l'obligation personnelle au profit de Paul, même par rapport à Philippe, en ce que Paul pourra concourir avec lui dans les simples distributions de deniers faites sur le débiteur; mais elle n'en peut avoir par rapport à lui en ce qui concerne l'hypothèque, qui est un droit spécial, droit qui, quoiqu'en apparence antérieur au sien, est néanmoins postérieur en réalité.

Toutefois, ajoute Basnage, dont nous approuvons d'autant mieux la décision qu'elle s'accorde parfaitement avec les principes que nous avons professés sur les effets de l'incapacité des mineurs, qui, selon nous, sont généralement plutôt restitués comme lésés que comme mineurs (art. 1305); si celui dont il s'agit dans l'espèce avait profité du prêt qui lui a été fait, et que cela fût établi, comme son obligation était valable, l'hypothèque qu'il avait consentie à Paul pour ce prêt, l'était pareillement, parce qu'elle n'était qu'un accessoire (1), et la ratification, qui a eu lieu seulement pour prévenir des difficultés, ne devrait point ravir à ce dernier la priorité d'hypothèque qu'il avait même sans elle sur Philippe. Si le mineur n'avait profité du prêt qu'en partie, l'obligation primitive n'ayant été valable que jusqu'à due concurrence, on appliquerait pour le surplus à Paul, à l'égard de Philippe, le principe que la ratification ne nuit pas aux droits acquis à des tiers.

On prétend toutefois que, dans aucune hypothèse, Paul ne devrait avoir la priorité sur Philippe, attendu que la loi ayant défendu l'hypothèque des biens des mineurs, si ce n'est dans les cas prévus par elle (article 2115, 2124 et 2126), celle que le mineur avait consentie à Paul était nulle et de nul effet; mais nous ne saurions nous ranger à cette décision. Selon nous, l'hypothèque consentie par un mineur émancipé n'est nulle qu'autant que l'obligation principale l'est elle-même. Comme c'est un point que nous avons discuté avec étendue à l'endroit précité, nous n'entrerons pas ici dans une nouvelle discussion à ce sujet.

Si, dans l'espèce posée d'abord, le même débiteur, devenu majeur, avait consenti une hypothèque au profit d'un autre créancier depuis la ratification qu'il a donnée à Paul, celui-ci

(1) *V.* ce que nous avons dit à cet égard, au t. III, n° 673.

pourrait incontestablement opposer cette ratification à ce créancier, dans le cas où il voudrait lui contester son droit d'hypothèque; car, puisque la ratification serait antérieure au droit de ce nouveau créancier, elle produirait tout son effet à son égard, le vice de l'obligation de Paul, et de l'hypothèque qui lui avait été consentie, se trouvant déjà purgé au moment de la constitution de cette dernière hypothèque.

286. Si la ratification d'une obligation que nous avons consentie nous-mêmes ne peut nuire aux droits acquis à des tiers, à plus forte raison celle que nous avons donnée à un engagement pris par un tiers en notre nom, sans mandat de notre part, ne peut-elle leur nuire; elle ne peut avoir d'effet rétroactif à leur égard, nonobstant la règle *ratihabitio mandato æquiparatur.*

Ainsi, dans le cas où Sempronius a consenti, sans mandat, une obligation au nom et à la charge de Titius, au profit de Séius, et qu'il a donné à celui-ci une hypothèque sur les biens de Titius; que ce dernier a lui-même donné une hypothèque sur les mêmes biens à Gaïus, et a ensuite ratifié l'engagement pris en son nom par Sempronius, il n'est pas douteux que Gaïus n'ait la priorité d'hypothèque sur Séius. Car, lorsqu'il a reçu la sienne, il n'en existait encore point au profit de Séius : celle de ce dernier n'a réellement existé que du jour de la ratification. Ce n'est qu'à l'égard de la partie qui ratifie, et de ses héritiers, que la ratification fait supposer le mandat, et en a l'effet, et non à l'égard des tiers qui avaient, avant qu'elle eût lieu, acquis des droits sur les mêmes biens (1); à la différence du cas où Sempronius eût agi en vertu d'un mandat de Titius, car alors la ratification ne faisant que confirmer l'obligation de ce dernier, cette obligation aurait eu effet à partir du jour où elle aurait été contractée (2).

287. Dans l'ancienne jurisprudence, on tenait pour principe que les actes nuls de droit, et ensuite confirmés, n'avaient effet que du jour de la confirmation, *ut ex nunc,* et non pas du jour où ils avaient été passés, *ut ex tunc;* qu'ainsi par exemple, un acte fait par une femme mariée non autorisée, et ensuite dûment confirmé, ne valait que du jour de la confirmation, parce qu'il était considéré comme nul de droit (3); d'où l'on tenait généralement qu'il devait être régi par les lois du jour où il avait été confirmé, et non par celles du jour où il avait été passé, s'il y avait eu changement à cet égard dans la législation. On partait de cette idée, qu'un acte nul ne pouvait réellement être confirmé, parce que le néant ne peut rien produire : or, autrement il eût produit des effets.

C'est d'après ces principes que la cour de cassation a jugé, par arrêt du 12 décembre 1810 (4), qu'une cession de droits successifs faite par un acte antérieur au Code, et nulle dans son principe, mais ratifiée sous le Code, était soumise à la subrogation forcée de l'article 841; tandis que, dans l'espèce, cette subrogation n'eût pu être requise avant le Code. En sorte que la ratification n'a pas eu d'effet rétroactif : l'acte primitif, au lieu d'être régi par les anciennes lois, l'a été au contraire par le Code, quoiqu'il n'y eût pas de droits spéciaux acquis par des tiers avant cette ratification.

288. Au lieu qu'à l'égard des actes simplement sujets à rescision pour lésion ou minorité, violence ou dol, comme ils pouvaient très-bien être confirmés, on décidait que la ratification s'identifiait avec l'acte primitif, qui valait *ut ex tunc,* du jour de sa date, et était en conséquence régi par les lois de cette époque, et non par celles du jour de l'acte confirmatif.

Néanmoins nos auteurs les plus exacts n'admettaient pas que la ratification, même dans ces sortes d'actes, pût nuire aux droits que des tiers se trouvaient avoir acquis sur les mêmes biens au temps où elle avait eu lieu.

289. Le Code ne distingue point à cet égard

(1) Basnage, *Des hypothèques,* chap. 3; Pothier, *Des hypothèques,* chap. 1; Denizart, v° *Ratification.*
(2) Les mêmes, *ibid.*

(3) *V.* ce qui a été dit à ce sujet au titre *du Mariage,* tome II, n° 518, sans oublier les notes.
(4) * Dalloz, 21, 185; Sirey, 11, 80.

entre les obligations des femmes mariées non autorisées, et celles des mineurs, ou qui ont été consenties par dol ou violence, parce qu'elles ne sont pas plus nulles *ipso jure* les unes que les autres. L'article 1338 s'applique à toutes, même à celles des interdits, quoique l'art. 502 les déclare nulles de droit : toutes en effet peuvent être confirmées, et si elles l'ont été valablement, la confirmation empêche d'opposer le vice dont elles étaient infectées, sauf les droits des tiers acquis à l'époque où elle a eu lieu.

C'est ce qu'a fait clairement entendre l'orateur du gouvernement, en présentant le projet de loi au corps législatif; il disait : « La dis- » tinction que l'on faisait anciennement entre » la confirmation et la ratification a paru inu- » tile; *leur effet est le même, celui d'emporter* » *la renonciation à tous moyens et exceptions* » *que l'on pouvait opposer contre l'acte con-* » *firmé ou ratifié.* »

Au moyen de la limitation relative aux droits des tiers, limitation qui s'applique à toute espèce d'acte qui avait besoin de confirmation ou de ratification, la distinction ne peut guère avoir d'importance que pour savoir si l'acte doit être régi par la loi du jour où il a été passé, ou bien par celle du jour où il a été confirmé; mais comme les actes réellement nuls *ipso jure,* tels que ceux qui ont pour objet une chose hors du commerce, ou des faits illicites, ou une cause contraire aux lois, ou qui sont absolument sans cause, ne peuvent être confirmés, suivant ce que nous avons dit précédemment, et que les autres sont seulement annulables ou rescindables, et non pas nuls de droit d'une manière absolue, nous croyons que l'on doit décider, du moins en thèse générale, que la confirmation ou ratification s'identifie avec l'acte; en conséquence que cet acte est régi par la loi du jour où il a été passé; qu'il vaut *ut ex tunc,* mais sans préjudice du droit des tiers, acquis sur les mêmes biens avant la ratification ou confirmation; qu'ainsi, par exemple, une hypothèque consentie par une femme mariée non autorisée, dont l'acte a ensuite été régulièrement confirmé, aura effet vis-à-vis des créanciers auxquels les mêmes biens n'auront été hypothéqués que depuis l'acte de confirmation, quoiqu'on n'y eût pas renouvelé la constitution d'hypothèque avec les formalités qui ont été observées dans l'acte primitif, et ce, encore que quelque nouvelle loi eût changé ces formes. On eût décidé anciennement dans ce cas, du moins la plupart des auteurs, que l'acte ne valait que *ut ex nunc,* tandis qu'on doit décider sous le Code, du moins suivant notre opinion, qu'il vaut *ut ex tunc,* sauf les droits acquis aux tiers sur les mêmes biens avant l'acte de confirmation.

290. Ce que nous venons de dire sur l'effet des actes confirmatifs reçoit une importante exception par l'art. 1339, qui porte que « le do- » nateur ne peut réparer par aucun acte con- » firmatif les vices d'une donation entre-vifs, » nulle *en la forme*, il faut qu'elle soit refaite » en la forme légale, » si le donateur persévère dans sa volonté.

C'est une suite des anciens principes que les actes nuls ne peuvent produire aucun effet, et l'on a regardé les vices de forme en matière de donation comme produisant une nullité radicale. En second lieu, on a pensé qu'il serait plus facile d'amener le donateur à confirmer la donation, que de lui en faire faire une nouvelle, et l'on a cru devoir lui laisser la plus entière liberté à cet égard. C'est du moins ce que disait M. d'Aguesseau sur l'ordonnance de 1731, qui est son ouvrage.

291. Mais comme les héritiers du donateur sont généralement plus enclins à critiquer ses libéralités qu'il ne l'est lui-même, on a pensé aussi que s'ils les confirmaient ou les exécutaient volontairement, c'est qu'ils auraient de bonnes raisons pour le faire : aussi « la confir- » mation ou exécution volontaire d'une dona- » tion, par les héritiers ou ayants cause du » donateur, après son décès, emporte leur re- » nonciation à opposer soit les vices de forme, » soit toute autre exception. » (Art. 1340.)

Il faut toutefois pour cela que la ratification ait eu lieu depuis le décès du donateur, car auparavant il n'avait point d'héritiers; il n'avait que des héritiers *présomptifs,* qui n'avaient point encore qualité pour ratifier, et qui n'auraient peut-être confirmé la donation que dans

la crainte qu'il ne donnât davantage, *ne pejùs faceret*. Peu importe la disposition finale de l'art. 918, où le consentement des successibles aux actes qui y sont mentionnés, les rend désormais non recevables à en attaquer les effets sous les rapports prévus à ce même article; car c'est là une disposition spéciale. La cour de cassation a même jugé (1), dans le cas d'un donation déguisée faite par un père à l'un de ses enfants, mais hors des cas prévus à cet article, que l'approbation que les autres enfants y avaient donnée de son vivant était absolument sans effet; en conséquence que la donation était sujette à rapport par l'enfant donataire, qui s'était porté héritier du père, parce qu'elle n'avait pas été faite par préciput ou hors part, et que dans tous les cas elle eût été sujette à réduction, s'il y avait eu excès de la quotité disponible (2).

292. Il faut même remarquer que s'il s'agissait d'une donation d'immeubles nulle en la forme, l'exécution volontaire de la part du donateur par la délivrance des immeubles, n'en purgerait point le vice, et, d'après cela, que le donateur pourrait encore revendiquer les biens, nonobstant cette délivrance. Dès que la donation nulle en la forme ne peut être confirmée par le donateur par des actes, elle ne peut l'être non plus par lui au moyen de l'exécution volontaire; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale, s'il persévère dans sa volonté (3).

293. Mais nous ajoutons au même endroit, dans les n[os] suivants, que si la donation nulle en la forme était d'une somme ou autre chose mobilière qui aurait été volontairement payée ou livrée par le donateur au donataire, comme ce serait là une donation manuelle, et même l'acquittement d'une obligation naturelle, il n'y aurait pas lieu à la répétition (art. 1235); que si une partie seulement avait été payée, il n'y aurait pas lieu, il est vrai, à répéter ce qui aurait été payé ou livré, mais que le donataire ne pourrait exiger du donateur le surplus, en se fondant sur ce que l'exécution partielle suffit aussi pour opérer ratification. Car, dans ce cas, la ratification est nulle, et ce qui empêche que le donateur ne puisse répéter ce qu'il a volontairement payé, ce n'est pas l'exception tirée d'une ratification, que nous ne reconnaissons point dans l'espèce, c'est parce qu'en payant une somme ou une chose qu'il savait ou devait savoir qu'on ne pouvait exiger de lui, il a voulu acquitter une dette naturelle, ou, si l'on veut, faire une libéralité : *Cujus per errorem soluti est repetitio, ejusdem dati consultò donatio est.* (L. 53, ff. *de regul. juris.*) Or, les donations de meubles sont valables, même faites sans acte, ainsi que nous l'avons démontré au même endroit; au lieu que celles d'immeubles ne sont translatives de propriété qu'autant qu'elles sont faites par acte, et avec toutes les formalités requises. Telle est la raison de différence entre les deux cas.

294. Enfin il faut observer aussi que l'article 1339 ne s'applique qu'aux donations nulles en la forme, est par conséquent que le donateur pourrait ratifier celle qui serait nulle pour autre cause, en se conformant aux dispositions de l'art. 1338. Par conséquent s'il l'avait faite en temps d'incapacité, et qu'il la confirmât ou l'exécutât en temps de capacité, cette ratification, expresse ou tacite, serait valable, et purgerait le vice de l'acte, quel que fût l'objet de la donation, un immeuble ou un meuble, n'importe. L'art. 1339 ne fait exception aux principes généraux sur l'effet des ratifications que pour les donations nulles *en la forme*, et seulement encore à l'égard du donateur, et non de ses héritiers ou ayants cause.

---

(1) Arrêt du 2 novembre 1827. (Sirey, 1827, 1, 180.)

(2) *V.* ce qui a été dit à ce sujet au tome VII, n° 331, où nous citons cet arrêt.

(3) C'est ce que nous avons déjà dit au tome VIII, n° 389, où nous citons à l'appui de cette décision un arrêt de la cour d'Orléans, confirmé en cassation, le 16 juin 1821. (* Dalloz, 19, 145; Sirey, 23, 41; Bourges, 30 août 1831; Sirey, 32, 111; Grenier, n° 57; Rolland, v° *Ratific.*, n° 70. — *Contrà*, Toullier, 5, n° 189; 8, n° 526; Merlin, *Quest.*, v° *Testam.*)

SECTION II.

De la preuve testimoniale.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

295. *Ce qu'est la preuve testimoniale.*
296. *Le droit romain l'admettait généralement, quelle que fût la valeur de la chose demandée, et l'espèce d'action intentée.*
297. *La corruption des mœurs a fait apporter des restrictions à l'admission de ce genre de preuve, par l'ordonnance de Moulins, de* 1566.
298. *Dont la disposition à cet égard a été confirmée par l'ordonnance de* 1677, *et avec quelque extension, et ensuite par le Code civil.*
299. *Quand la loi exige que l'acte soit passé par écrit, la preuve par témoins est inadmissible, quelque modique que fût la somme.*
300. *Exemple tiré d'une promesse de donner à titre gratuit.*
301. *La déclaration de volonté d'un défunt, de léguer telle chose à quelqu'un, ne pourrait non plus se prouver par témoins, quelque modique que fût l'objet réclamé.*
302. *Même décision quant à une convention d'hypothèque, ou des conventions matrimoniales.*
303. *Et à une transaction verbale.*
304. *Et à un bail verbal qui n'a encore reçu aucun commencement d'exécution, quoiqu'on puisse très-bien louer verbalement.*
305. *Divers contrats du commerce qui ne peuvent non plus se prouver par témoins.*
306. Quid *en matière de société? distinctions à faire.*
307. *Division de la matière.*

295. La preuve par témoins, dans les matières civiles, consiste dans l'audition, en justice, de personnes qui sont appelées pour déclarer ce qu'elles savent d'un fait avancé par l'une des parties, et contesté par l'autre.

296. Le droit romain admettait ce genre de preuve à quelque valeur que s'élevât l'objet du litige, ou le montant de la cause, tant dans les actions réelles que dans les actions personnelles; aussi bien dans les matières civiles que dans les matières criminelles : *et adhiberi testes possunt, non solùm in criminalibus causis, sed etiam in pecuniaribus litibus, sicuti res postulat.* (L. 1, § 1, ff. *de testibus.*)

In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quàm depositiones testium. (L. 15, Cod. *de fide instrum.*)

Il n'y avait guère que dans les causes où il s'agissait, pour l'une des parties, d'établir qu'elle était de condition ingénue, *in controversiâ ingenuitatis,* que la preuve dût être faite par des actes, *instrumentis,* et non par témoins seulement. (L. 2 (*aliàs* 1), Cod. *de testibus.*) Et encore il paraît, d'après la loi 3, § 5, ff. *de Tarboniano edicto,* qu'il n'en a pas toujours été ainsi, du moins dans tous les cas; qu'au contraire la filiation a pu être établie par témoin (1). Quoi qu'il en soit, dans les autres matières, la preuve testimoniale toute seule était aussi bien admise que la preuve par écrit; car les Romains tenaient, en principe, que l'écriture n'est point nécessaire à la validité des conventions (2) : *Si res gesta sine litterarum quoque consignatione veritate factum suum præbeat, non ideò minùs valebit quod instrumentum nullum de eâ intercessit.* (L. 5, ff. *de fide instrum.*)

Ainsi, les conventions d'hypothèque se prouvaient aussi bien par témoins que par des actes; et même le mariage se prouvait de cette manière. (L. 4, ff. *de fide instrum.*)

A plus forte raison les achats et les ventes, et la tradition qui s'en était suivie, se prou-

(1) Lorsque l'acte qui constatait la filiation avait été perdu par quelque accident, la preuve par témoins était au surplus admise, même au temps où l'*ingénuité* ne pouvait, en principe, se prouver que par écrit. (L. 6, Cod. *de fide instrum.*)

(2) Sauf ce qui a été décidé par Justinien, dans la loi 17, au Code, *de fide instrumentorum*, dont la disposition a été reproduite dans ses Institutes, au titre *de emptione et venditione*, pour le cas où les parties étaient convenues de traiter seulement par écrit, *in scriptis.*

vaient-ils aussi par témoins. (L. 12, Cod. *de probat.*)

Il en était de même des délivrances ou traditions des choses données, lesquelles n'en avaient pas moins effet quoique la donation eût été faite sans acte. (L. 12, Cod. *de fide instrum.*)

Les partages se prouvaient aussi par témoins, comme par des actes. (L. 9, Cod. *eod. tit.*)

Les stipulations, les prêts, les dépôts, les louages, les conventions de société, en un mot toute espèce de contrats ou de pactes, se prouvaient également par témoins, à quelque valeur que s'élevât l'objet de la demande. Les lois ne font à ce sujet aucune distinction.

Et l'on prouvait également de cette manière, aussi bien que par des actes de vente, son droit de propriété sur telle ou telle chose. (L. 4, Cod. *de probat.*)

On sent d'après cela, et à plus forte raison, que la perte des actes qui avaient été faits n'empêchait point l'exercice de l'action, qui alors pouvait se justifier par la preuve testimoniale comme s'il n'eût pas été fait d'acte. Voyez, à cet égard, les exemples fournis par les LL. 1, 6, 7, 8, 10 et 11, au Code *de fide instrum;* la L. 15, Cod. *de jure dotium;* et la L. 25, Cod. *de liberali causâ.*

297. Mais la corruption des mœurs ayant produit de fréquents exemples de subornation, il fut décidé, dans notre jurisprudence, par l'ordonnance de Moulins, de l'année 1566, article 54, que, « de toutes choses excédant la » somme ou la valeur de cent livres, pour une » fois payer, seront passés contrats, par les- » quels seulement sera reçue la preuve de la » matière, sans recevoir aucune preuve outre » le contenu auxdits contrats. »

298. Cette disposition fut confirmée, et même étendue et développée, par l'ordonnance de 1667, titre 20, art. 2, qui s'exprimait ainsi : « Seront passés actes devant notaires ou sous » signature privée de toutes choses excédant la » somme ou valeur de cent livres, même pour » dépôts volontaires; et ne sera reçue aucune » preuve par témoins contre et outre le contenu » des actes, ni sur ce qui serait allégué avoir » été dit avant, lors ou depuis les actes, encore » qu'il s'agît d'une somme moindre de cent » livres. »

L'article faisait toutefois exception à l'égard de ce qui s'observe dans les juridictions des consuls, c'est-à-dire en matière commerciale, et l'article suivant exceptait aussi les cas d'accidents imprévus, et ceux où il y a un commencement de preuve par écrit.

Le Code civil a consacré les dispositions de cette ordonnance sur cet objet, en portant toutefois à 150 francs la somme qui était d'abord de 100 livres.

299. Il faut, au surplus, observer que lorsque la loi exige que la convention soit passée par écrit, la preuve par témoins ne peut être admise, encore que la somme fût au-dessous de 150 francs, parce qu'alors l'écriture étant une condition essentielle à la validité du contrat, la preuve testimoniale n'aurait pas d'objet : ce serait le cas de la règle *frustrà probatur quod probatum non relevat.*

300. Ainsi je demanderais vainement à prouver par témoins que vous m'avez fait la promesse de me donner, à titre de libéralité, telle somme, quoique cette somme n'excédât pas 150 francs; car une donation, pour produire une action efficace, doit être faite par acte, même passé devant notaires, avec minute, dans la forme ordinaire des actes authentiques, et doit être acceptée expressément, également par acte authentique, à peine de nullité. (Art. 931 et 932.) En sorte que lors même que la promesse serait avouée, je ne serais pas en droit d'en exiger le montant.

301. Je ne pourrais non plus prouver par témoins que Paul, qui est maintenant décédé, m'a fait un legs de 100 francs, par exemple, devant telles personnes, en chargeant son héritier, devant ces personnes, de me payer cette somme ; car ce serait là un *fidéicommis* verbal, et non un legs véritable. Or, l'on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que de deux manières : par donation entre-vifs et par testament, dans les formes établies pour l'une ou l'autre manière de disposer. (Art. 893.) Autre

chose serait si Paul s'était reconnu mon débiteur de cette somme par-devant témoins; je pourrais prouver ma créance par la preuve testimoniale.

302. Ce serait pareillement en vain que l'on voudrait prouver par témoins une convention d'hypothèque (art. 2177 et 2227), ou des conventions matrimoniales. (Art. 1394.)

303. Ainsi encore, l'article 2044 veut indistinctement qu'une transaction soit faite par écrit, et il ne réserve pas, comme l'art. 1834, en matière de société, le droit de prouver par témoins la convention jusqu'à concurrence de 150 francs. Cela tient probablement à ce que la transaction est un acte destiné à terminer un procès ou à en prévenir un, et l'on n'a pas voulu que son existence fût elle-même l'occasion d'un procès. D'après cela, il n'y aurait pas lieu de la prouver par témoins, encore que le montant de l'intérêt en contestation n'excédât pas 150 francs; sauf le cas où l'acte qui aurait été fait à ce sujet serait perdu par accident (1).

304. Et quoique le contrat de louage soit du nombre de ceux qui n'exigent pour leur formation que le seul consentement des parties, *qui solo consensu perficiuntur*, néanmoins l'art. 1715 porte que si le bail verbal n'a encore reçu aucun commencement d'exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve n'en peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on alléguât d'ailleurs qu'il y a eu des arrhes de données (2).

Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail.

Le motif de cette dérogation aux principes généraux sur la preuve des conventions, ne peut être que le désir de prévenir le grand nombre de procès qui se seraient journellement élevés en cette matière, surtout dans les villes, où communément les locations de logement se font verbalement.

Du reste, le commencement d'exécution du bail peut être prouvé par témoins, puisqu'on suppose que ce commencement d'exécution peut exister, et cependant que le bail n'a pas été fait par écrit; et il peut être prouvé de cette manière, quel que soit le prix du bail; seulement si le commencement d'exécution est prouvé, ou s'il n'est pas nié, et qu'il y ait contestation sur le prix du bail et point de quittance, le propriétaire en est cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts, auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré. (Art. 1716.)

305. Et, suivant l'art. 273 du Code de commerce, toute convention pour louage d'un vaisseau, appelée *charte partie, affrétement* ou *nolissement*, doit être rédigée par écrit. Elle énonce le nom et le tonnage du navire, le nom du capitaine, les noms du fréteur et de l'affréteur, le lieu et le temps convenus pour la charge et la décharge, le prix du fret ou nolis, si l'affrétement est total ou partiel, et l'indemnité convenue pour le cas de retard.

Les contrats à la grosse et d'assurance doivent aussi être rédigés par écrit. (Articles 311 et 332 *ibid.*)

En sorte que, dans ces divers contrats, la preuve testimoniale ne serait point admissible pour constater les conventions faites verbalement, quelle qu'en fût la somme, même au-dessous de 150 fr. Il est même des auteurs qui pensent que l'écriture est tellement de l'essence de ces contrats, que le serment ne pourrait même être déféré sur le fait de leur existence verbale, *quia frustrà probatur quod probatum non relevat* (3).

(1) * Liége, 29 août 1814; *Pasicrisie* à cette date, Pigeau, 1, 33, n° 8; Marbeau, *Traité des transactions*, n° 204.

(2) * On ne peut induire par argument *a contrario*, que ce mode de preuve est permis lorsque l'exécution du bail a commencé pour en établir les clauses et conditions. Cet art. 1715 ne contient aucune exception à la règle portée dans l'art. 1341, pour constater non-seulement l'existence des contrats, mais les clauses et conditions qu'ils renferment. (Brux., 9 décembre 1826; Brux., cass., 28 mars 1837; J. de B., 1827, 1, 83; J. du 19e s., 1826, 3, 191; Bull., 1837, 437.)

(3) * *Contrà*, Nancy, 29 juillet 1837.

306. Quant aux contrats de société, l'article 1834 du Code civil porte que toutes sociétés doivent être rédigées par écrit lorsque leur objet est de plus de 150 fr.; et la preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. C'est le principe général de l'art. 1341 appliqué aux sociétés en matière civile.

La preuve par témoins est donc admissible quand l'objet de la société n'est pas d'un somme ou valeur excédant 150 fr. Mais qu'entend-on par *objet* de la société? Celui qui demande, par exemple, la moitié d'objets ne valant pas au delà de 300 francs y compris les bénéfices, s'il y en a eu, peut-il prouver par témoins la convention de société et la mise en commun de ces objets? Nous le croyons, car ne demandant rien de la part du défendeur, il ne demande pas, dans notre espèce, au delà de 150 francs; il n'y a d'ailleurs pas présomption qu'il ait cherché à corrompre des témoins pour s'approprier indûment cette valeur.

Le système contraire conduirait à dire que si vingt personnes, par exemple, ont mis en commun chacune 10 francs pour un certain objet, pour une certaine destination, il n'y aurait pas lieu à la preuve testimoniale en faveur de celui qui réclamerait sa part dans les 200 fr. Mais la loi, entendue en ce sens, serait absurde dans ses résultats, et en pleine contradiction avec ses motifs; car puisqu'elle ne présume pas qu'on corrompt des témoins pour 140 fr. juste, elle doit bien moins encore supposer qu'on a pu en corrompre pour 10 francs. On ne doit pas voir uniquement la convention de société: on doit voir, au contraire, l'objet de *la demande;* or cet objet n'est que d'une bien faible somme, et la convention de société et la réalisation de la mise du demandeur, ne sont que la *cause* de la demande. Il n'y a pas deux objets principaux à prouver, il n'y en a qu'un, la demande, fondée sur telle cause; et le sociétaire ne demandant pas les parts des autres, sa demande doit pouvoir être prouvée par témoins toutes les fois que cette preuve ne tendrait pas à lui faire obtenir une valeur de plus de 150 francs. C'est aussi l'avis de M. Delvincourt. Nous aurons aussi à examiner, à l'égard d'une vente dont l'acheteur déclarerait devoir encore le prix, la question de savoir si l'on doit, pour juger si la preuve testimoniale est admissible ou non, défalquer de la valeur de la chose demandée par l'acheteur, le prix dont il se reconnaît encore débiteur, et *vice versâ.*

Mais quoique l'art. 1834 prescrive de rédiger par écrit les conventions de société lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs, néanmoins l'écriture n'est point prescrite quant à la validité de la convention elle-même, mais bien seulement pour la preuve, puisque si l'objet de la société n'excédait pas 150 francs, la preuve testimoniale serait admise; et cependant la nature de l'affaire n'en serait pas moins la même : d'où nous concluons que si la société dont l'objet excéderait même cette somme, était avouée par le défendeur, ou si celui-ci refusait de prêter le serment qui lui serait déféré par le demandeur, ou ne consentait pas à le lui référer, il devrait être condamné. Voyez à ce sujet un arrêt de la cour de Bruxelles, du 28 juin 1810. (Dalloz, 12, 214; Sirey, 1814, 2, 93.)

Toutefois les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être rédigées par écrit, et elles sont soumises aux formalités prescrites par le Code de commerce pour les rendre publiques, à peine de nullité à l'égard des intéressés. (Art. 39 et suiv., Cod. de comm.)

307. Ces observations préliminaires exposées, nous allons passer à l'analyse des dispositions du Code sur cet objet important, et qui présente d'assez nombreuses difficultés.

Nous traiterons, dans un premier paragraphe, des cas où la preuve testimoniale toute seule n'est point admise dans les contrats;

Dans un second, de la règle qu'il n'est admis aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme moindre de 150 francs;

Dans un troisième, des exceptions aux règles ci-dessus;

Et enfin dans un quatrième, de la déposition des témoins, des causes de reproche, et de l'appréciation des dispositions.

§ Ier.

Dans quels cas la preuve testimoniale toute seule n'est point admise dans les contrats.

SOMMAIRE.

308. *Texte de l'art.* 1341, *qui cesse d'être applicable lorsque les parties sont parfaitement d'accord sur l'admission de la preuve testimoniale.*

309. *On aurait pu élever le taux auquel il est permis de prouver par témoins, au delà de* 150 *francs, pour le mettre en rapport avec la valeur de* 100 *livres au temps de l'ordonnance de* 1667 *et surtout au temps de celle de* 1566.

310. *Les obligations nées antérieurement au Code n'ont pu, sous le Code, être prouvées par témoins, que conformément aux lois anciennes.*

311. *La règle que la preuve par témoins n'est point admissible au delà de* 150 *francs, s'applique même aux dépôts volontaires.*

312. *Et quoique l'on prétendît qu'il y a eu le délit d'abus de confiance.*

313. *Elle s'applique, par le même motif, aux prêts à usage.*

314. *Et à plus forte raison aux louages de choses mobilières.*

315. *La règle est générale : conséquence.*

316. *Et s'applique, par cela même, aux objets confiés à un voiturier pour les transporter.*

317. *Si le défendeur prétend que l'objet vaut plus de* 150 *francs, l'estimation doit en être faite avant de décider si la preuve testimoniale est ou non admissible.*

318. *Si l'on doit, à cet égard, défalquer de la valeur de l'objet, la somme que le demandeur déclare devoir de son côté pour ce même objet.*

319. *Les intérêts demandés se comptent avec le capital de la demande, mais non les intérêts moratoires.*

320. *Celui qui a demandé une valeur excédant* 150 *francs n'est pas admis à la preuve testimoniale, en offrant de réduire sa demande.*

321. *Il n'y est pas admis non plus, d'après le Code, quoique sa demande n'excède pas* 150 *francs, si elle est déclarée être le restant ou faire partie d'une somme qui excédait* 150 *francs, et qui n'était point prouvée par écrit ; critique de cette disposition.*

322. *Elle n'est point, au surplus, applicable au cas d'une vente dont le prix a été en partie payé comptant, lorsque ce qui est resté dû n'excédait pas* 150 *francs.*

323. *Difficulté que présente la disposition ci-dessus dans son application.*

324. *La réunion de plusieurs demandes formant ensemble une somme de plus de* 150 *francs, n'autorise pas la preuve testimoniale, encore qu'il soit allégué que les dettes proviennent de diverses causes, et qu'elles se sont formées en différents temps ; mais les causes exceptées de la règle générale ne doivent pas être comptées dans la formation de cette somme.*

325. *La décision principale elle-même n'est pas applicable au cas où les diverses créances procèdent de différentes personnes, par succession, donation ou autrement.*

326. *Toutes les demandes qui ne sont pas entièrement justifiées par écrit doivent être formées par un même exploit, après lequel celles qui ne seraient pas prouvées par écrit ne sont pas reçues.*

327. *Difficulté que présente cette disposition dans son application ; on ne l'observait guère sous l'ordonnance de* 1667, *d'où elle est tirée.*

328. *Réfutation d'une opinion de Jousse à cet égard.*

329. *Si la partie qui pouvait empêcher la preuve par témoins réclamée par son adversaire, ne l'a pas fait, et a même fait sa contre-enquête, peut encore appeler du jugement interlocutoire qui a admis cette preuve.*

308. La règle générale en cette matière est l'article 1341, ainsi conçu :

« Il doit être passé acte devant notaires, ou » sous signature privée, de toutes choses excé- » dant la somme ou valeur de cent cinquante » francs, même pour dépôts volontaires; et il » n'est reçu aucune preuve par témoins contre » et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui » serait allégué avoir été dit avant, lors, ou de- » puis les actes, encore qu'il s'agisse d'une » somme ou valeur moindre de cent cinquante » francs ;

» Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit » dans les lois relatives au commerce. »

Et, suivant notre opinion, sans préjudice aussi du cas où les parties seraient elles-mêmes d'accord sur l'admission de la preuve testimoniale; car la loi ne prescrit des actes que pour la preuve. Elle suppose que l'une des parties résiste à celle par témoins, quand elle décide que cette preuve ne sera pas admise au delà de 150 francs. Elle n'autorise pas les juges à rejeter la demande d'office dans ce cas, puisqu'elle ne les autorise pas à suppléer d'office même le moyen de la prescription (1). (Article 2223). Il en doit être, à cet égard, comme d'une convention de prêter le serment (2).

309. Ainsi, en principe, lorsqu'il s'agit d'une somme ou valeur excédant cent cinquante francs, et qu'on a pu se procurer une preuve écrite, l'on n'est pas admis à la preuve par témoins.

L'on a porté à cent cinquante francs la somme que les ordonnances avaient fixée à cent livres. A raison de l'abondance du numéraire, qui a toujours été en croissant en Europe depuis la découverte de l'Amérique, la première de ces sommes aujourd'hui est même bien loin de valoir réellement ce que valait la seconde en 1667, et surtout ce qu'elle valait en 1566, époque de la publication de l'ordonnance de Moulins, si l'on considère ce qu'on eût pu alors se procurer avec cent livres, et ce qu'on pourrait seulement se procurer aujourd'hui avec cent cinquante francs. Aussi n'y a-t-il pas plus de danger, même en se reportant simplement à 1667, que par corruption et subornation de témoins, un homme de mauvaise foi ne cherche à se faire payer une somme de cent cinquante francs qui ne lui serait pas due, qu'il n'y en avait anciennement qu'il ne cherchât, par l'emploi du même moyen, à se faire payer cent livres; il y en a même beaucoup moins, et si l'on s'était attaché davantage à l'*esprit* de la législation, on eût pu élever le *maximum* jusqu'à deux cents francs, au moins, sans de graves inconvénients.

310. Au surplus, quant aux obligations nées antérieurement au Code, et quoique devenues exigibles seulement sous le Code, elles n'ont pu être prouvées que conformément aux lois anciennes; par conséquent celles qui excédaient cent livres, quoique n'excédant pas cent cinquante francs, n'ont pu, de droit commun, être établies par la seule preuve testimoniale, comme l'a fort bien jugé la cour de cassation, le 22 mars 1810 (3), par application du principe que les lois n'ont pas d'effet rétroactif (4). (Art. 2.)

311. L'on voit que, même pour dépôts volontaires, la preuve par témoins n'est pas admise au delà de cent cinquante francs. Avant l'ordonnance de 1667, ce point avait été controversé, parce que celle de Moulins ne s'en expliquait pas, et surtout parce que, disait-on, il n'est ni dans l'usage ni dans les bienséances que celui qui fait un dépôt entre les mains d'un ami, et qui reçoit par conséquent un service, en demande une reconnaissance; cela paraîtrait offensant dans beaucoup de cas. Mais comme c'était laisser la porte ouverte aux abus que l'on voulait prévenir, on a porté la règle pour les dépôts volontaires comme pour les autres contrats. Car il n'eût pas plus été difficile à un fripon de suborner des témoins pour déposer d'un dépôt que pour déposer d'un prêt.

312. En sorte que, bien que la preuve testimoniale soit admise en matière de délits, quel que soit le montant des dommages-intérêts réclamés pour le préjudice souffert, et quoique l'abus de confiance commis à l'occasion d'un

(1) *Contrà*, Toullier, 9, nos 36 et suivants; Rolland, nos 40 à 43.

(2) *V. infrà*, no 329.

(3) * Dalloz, 21, 250 ; Sirey, 10, 362.

(4) * Toullier, no 44 ; Merlin, *Rép.*, vo *Preuve*.

dépôt soit un délit (art. 408, Code pén.), néanmoins, l'on ne peut pas plus devant les tribunaux de police correctionnelle que devant les tribunaux civils, prouver le dépôt par témoins, s'il est d'une valeur excédant cent cinquante francs, sauf les cas d'exception dont nous parlerons bientôt : par conséquent l'on ne peut prononcer contre l'individu accusé devant le tribunal de police correctionnelle d'avoir abusé d'un dépôt, aucune condamnation, soit pénale, soit civile, si le dépôt n'est pas préalablement prouvé conformément aux dispositions du Code civil. Car, jusque-là, il n'y a point de délit à réprimer, puisque la *cause* même du délit prétendu n'est pas justifiée. Pour qu'il y ait eu violation de dépôt, il faut qu'il y ait eu dépôt: or, c'est ce qu'il faut d'abord prouver d'après les règles sur la preuve des contrats, puisqu'il s'agit d'un contrat.

C'est en conséquence de ces principes que la cour de cassation a jugé, par arrêt de cassation, le 12 messidor en XII (1), et le 16 janvier 1808 (2), que les tribunaux de police correctionnelle sont incompétents pour connaître de la violation prétendue d'un dépôt volontaire excédant cent cinquante francs de valeur, quand il est dénié, et qu'il n'est pas constaté par acte, ou qu'il n'existe pas un commencement de preuve par écrit. On ne conçoit même pas que le contraire ait pu d'abord être jugé. Comment, en effet, n'a-t-on pas vu que c'était favoriser la fraude, que l'on a voulu prévenir? Car, au lieu de demander la restitution d'un prétendu dépôt par la voie civile, un audacieux fripon prendrait la voie de la police correctionnelle, et les témoins qu'il suborncrait lui prêteraient tout aussi facilement leur criminel appui dans une juridiction que dans l'autre. Bien mieux, la crainte qu'éprouverait naturellement celui auquel il voudrait extorquer la somme la plus considérable, porterait ce dernier à l'accorder de suite, plutôt que de s'exposer aussi à une condamnation pénale et déshonorante; en sorte que la fraude arriverait bien plus facilement encore à ses fins.

313. Quelques arrêts rendus avant l'ordonnance de 1667, dit Pothier, avaient aussi admis la preuve par témoins de prêts à usage, parce que ces prêts, de même que les dépôts, se font ordinairement entre amis, sans en retirer de reconnaissance par écrit; mais cette ordannance ayant déclaré que le dépôt volontaire était compris dans la loi générale qui exige une preuve par écrit, on doit conclure, à plus forte raison, la même chose du prêt à usage, puisqu'on se fie autant à celui à qui l'on fait un dépôt, qu'à celui à qui l'on prête; et celui qui fait un dépôt a encore plus lieu de craindre d'offenser son ami en lui demandant une reconnaissance, que celui qui prête.

314. A plus forte raison en doit-il être ainsi dans les louages de choses mobilières, comme des meubles meublants, un cheval, une voiture; et suivant Jousse, dans son commentaire sur l'ordonnance de 1667, l'on doit aussi comprendre dans la règle, le cas d'effets prétendus donnés à un voiturier pour les porter ou voiturer d'un lieu à un autre, parce qu'il n'a dépendu que du propriétaire de retirer de lui une reconnaissance desdits effets, du moins par-devant notaire, si le voiturier ne savait pas écrire. Et quant aux messageries et voitures publiques, comme ceux qui les exploitent tiennent des registres, on doit avoir soin, lorsqu'on leur remet des effets à transporter, de les faire coucher sur lesdits registres. A cet égard, il y a des règlements particuliers qui font la loi entre les entrepreneurs et les autres citoyens (art. 1786), et que nous expliquerons en traitant *du louage*.

315. En un mot, ce n'est pas sans intention que l'art. 1341 se sert de ces expressions : « Il » doit être passé acte devant notaires ou sous » signature privée de *toutes choses* excédant la » somme ou valeur de cent cinquante francs, » *même pour dépôts volontaires.* » On a voulu exclure la preuve testimoniale pour toute chose d'une valeur excédant cette somme, quelle que soit l'espèce de contrat à raison duquel cette chose serait réclamée, ainsi que pour les paye-

(1) Denevers, 1808, 119.

(2) Sirey, 1808, 1, 223.

ments de dettes; sauf les exceptions dont il sera bientôt parlé.

En sorte que lorsqu'il s'agira d'un prétendu dépôt volontaire, ou d'un prêt à usage, ou du louage d'un corps certain, tel qu'un cheval, une voiture, comme en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279), celui de qui l'on réclamera l'objet, et qui niera le dépôt, le prêt ou le louage, en sera présumé propriétaire, jusqu'à preuve du contraire; et cette preuve ne pourra être faite, même en police correctionnelle, que conformément aux dispositions du Code civil, du moins cela sera généralement vrai; les circonstances particulières de la cause pourront seules autoriser les tribunaux à s'écarter du principe. C'est à ceux qui confient des choses d'une valeur excédant cent cinquante francs, à l'un de ces titres, ou pour autre cause, à retirer un reçu de celui auquel ils les confient. Cela, nous en convenons, n'est pas sans inconvénients, et il n'est même guère d'usage de retirer une reconnaissance d'un domicilié à qui l'on prête ou à qui l'on loue un cheval, une voiture, ou tout autre objet; mais enfin la loi est positive.

316. On a même compris dans la règle, la remise de titres ou pièces confiées à un huissier ou à un avoué pour faire des poursuites, et par arrêt du 30 décembre 1602, rapporté par *Péleus* en ses *Actiones forenses*, liv. 4, art. 22, et que Jousse, *loco citato*, paraît approuver, il a été jugé que la preuve testimoniale toute seule n'était point admissible dans un cas où l'intérêt de la contestation était au delà de cent livres.

Nous ne saurions nous ranger à cette décision : ce cas doit être assimilé, quant à la preuve, à ces sortes de dépôts que l'on fait dans les hôtelleries, parce qu'il y a *nécessité* de remettre des pièces à un officier ministériel pour faire des poursuites, comme il y a nécessité pour un voyageur de déposer ses effets dans l'auberge où il loge, et qu'il n'est pas plus d'usage de retirer un reçu de cet officier que d'un aubergiste.

317. Lorsque la chose demandée comme ayant été remise à titre de dépôt, de prêt à usage, de loyer, ou livrée par suite de vente ou à titre de payement, etc., n'est pas d'une somme d'argent, et qu'il y a contestation sur le fait de savoir si elle est ou non d'une valeur excédant cent cinquante francs, comme c'est de la décision de ce point que dépend l'admission ou le rejet de la preuve par témoins, il faut bien d'abord estimer la chose; et comme le tribunal n'a pas les connaissances nécessaires pour l'estimer lui-même, il doit ordonner qu'elle sera estimée par experts.

318. Mais doit-on, quant au point de savoir si la preuve par témoins, toute seule, est admissible, prendre uniquement en considération le montant de l'intérêt réel qu'a le demandeur à la faire admettre, ou bien au contraire la valeur de la chose qu'il réclame, sans en défalquer la valeur de ce dont il se reconnaît débiteur à ce sujet, et qu'il offre de payer? Par exemple, si je prétends que vous m'avez vendu tel cheval, moyennant trois cents francs, dont je reconnais vous devoir encore le prix, dois-je être admis à prouver le marché par témoins, si, d'après l'estimation qui serait faite du cheval en question, il n'y avait pas une valeur de plus de cent cinquante francs de différence d'avec la somme que j'offre pour le prix? Suivant nous, cela devrait être, et certainement l'*esprit* de la loi est en faveur de cette décision, puisqu'on ne peut raisonnablement supposer que j'ai corrompu des témoins pour me procurer injustement une valeur qui, toute balance faite, n'excède pas cent cinquante francs, on le suppose.

On dira peut-être que l'objet demandé est le cheval, que sa valeur excède cent cinquante francs, et par conséquent que la loi prescrivait un acte pour la preuve, puisqu'elle le prescrit *pour toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs*. On ajoutera peut-être aussi que l'art. 1344 exclut la preuve par témoins même dans des cas où la chose que l'on demande à prouver est d'une valeur au-dessous de cette somme, parce que l'on a méprisé le prescrit de l'art. 1341, qui voulait un acte dans ces mêmes cas, attendu que d'abord l'affaire était d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs. Mais on peut répondre que l'espèce n'est pas la même que celles dont il s'agit dans cet

art. 1344; car l'*intérêt réel* de l'affaire dans le cas de la vente n'excédait point dès le principe cent cinquante francs, au moyen du prix du cheval dont le demandeur se reconnaît débiteur. Celui-ci n'a jamais eu à réclamer une valeur excédant cette somme, en défalquant celle dont il est débiteur : l'intérêt réel de la convention, dès le principe, n'était donc pas de plus de cent cinquante francs, et l'acheteur a dû naturellement croire que la loi ne lui prescrivait pas de faire un écrit pour cela. Toutefois nous avouerons que la question n'est pas sans difficulté, et nous avouerons même aussi que probablement les tribunaux rejetteraient ce système, parce qu'à leurs yeux l'objet demandé serait le cheval, et non la *valeur* qu'il pourrait avoir eu sus de ce que le demandeur déclarerait devoir à raison de l'achat de ce cheval. Mais dans le cas de société, dont nous avons parlé plus haut, n° 306, il nous semble que la décision que nous avons donnée ne devrait souffrir aucune difficulté, parce que ce qui est demandé n'est qu'une part de l'objet de la société, et non tout l'objet de cette même société.

319. La règle générale est applicable au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs. (Art. 1342). La raison en est simple : celui qui voudrait obtenir, à l'aide de la preuve testimoniale, une somme de 170 francs, par exemple, ferait déposer qu'il a prêté 150 francs depuis quatre ans avec convention d'intérêts à 5 pour 100 par an, et de cette manière il franchirait la limite posée par la loi tout aussi bien que s'il eût demandé les 170 francs comme prêtés intégralement.

Cette décision n'est toutefois pas applicable aux intérêts judiciaires ou *moratoires,* c'est-à-dire aux intérêts qui ont couru depuis la demande; car ils n'en faisaient point partie, et le créancier ne doit pas souffrir de ce que l'affaire est restée plus ou moins de temps en suspens, peut-être par la faute du débiteur.

320. Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive. (Art. 1343.)

S'il y était admis, les témoins déposeraient du prêt, par exemple, pour la somme qui a été demandée; et quoiqu'il ne pût exiger au delà de cent cinquante francs, somme à laquelle il se serait restreint, le débiteur n'en passerait pas moins dans le public pour avoir reçu toute la somme qui lui avait d'abord été demandée; en sorte que la crainte de compromettre sa réputation l'obligerait à la payer plutôt que de laisser faire la preuve, et le demandeur obtiendrait ainsi indirectement ce qu'il ne pouvait obtenir ouvertement.

On attribue aussi cet autre motif à la disposition : que le créancier, puisque la somme excédait d'abord cent cinquante francs, est en faute de n'avoir pas exigé un acte; et il faut convenir que ce motif paraît fortement confirmé par l'art. 1344, suivant lequel la preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit. Mais cette dernière disposition mérite quelques explications, que nous allons bientôt donner.

Du principe que le demandeur ne peut plus, après avoir formé sa demande, en restreindre le montant pour faire admettre la preuve testimoniale, Pothier tire la conséquence que lorsque quelqu'un a une demande en dommages-intérêts à former pour inexécution d'une convention verbale de faire ou de ne pas faire quelque chose, et qu'il est incertain si la somme s'élèvera ou non à plus de 100 liv., il doit, pour faire admettre la preuve par témoins de la convention, déterminer, dans sa demande, le montant de ces dommages-intérêts à une certaine somme qui n'excède pas 100 liv.; qu'il doit même la restreindre d'abord; car s'il avait une fois conclu à une somme excédant le taux de l'ordonnance, comme il aurait par cela même reconnu que l'objet de la convention voulait un acte, il ne serait pas admis ensuite, en restreignant sa demande, à pouvoir la justifier par témoins.

Et Pothier cite à ce sujet, par argument, un arrêt du 17 décembre 1638, rapporté par Bar-

det, VII, 46, dans l'espèce duquel un tailleur qui avait demandé une somme de 200 liv. à une veuve, pour fournitures d'habits à son mari, fut exclu de la preuve testimoniale, qu'il offrait de faire, que cette veuve avait répondu de la dette, quoiqu'il se restreignît à 100 liv.

321. On vient de voir que, d'après l'art. 1344, la preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre que 150 fr., ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit; mais cette *créance plus forte* doit être entendue d'une créance plus forte que 150 fr., car jusqu'à cette somme il n'y avait pas besoin de faire un acte.

On a suivi en ce point l'opinion de Pothier, contrairement à celle de Boiceau, de Jousse et de plusieurs autres auteurs; mais nous ne pensons pas qu'on ait bien fait de préférer son sentiment. Il s'exprime ainsi :

« Je vous demande 60 liv. restant du prix » d'une chose que je prétends vous avoir vendue pour le prix de 200 liv. Vous niez avoir » rien acheté de moi : dois-je être admis à la » preuve par témoins de cette vente? Boiceau, » 1-18, décide pour l'affirmative. Il cite des » lois qui ne me paraissent pas avoir d'appli- » cation. Il est bien vrai que lorsqu'il s'agit de » décider de la compétence d'un juge qui ne » peut juger que jusqu'à une certaine somme, » *quantùm petatur quærendum est, non quantùm debeatur* (L. 19, § 1, ff. *de juridict.*), » parce que le juge ne juge que ce qui est demandé. Mais dans cette espèce-ci, pour savoir » si la preuve de la convention doit être per- » mise au demandeur, il faut savoir si c'est une » convention dont l'ordonnance l'obligeait de » faire dresser un acte par écrit. Or, cela se » décide par ce qui faisait l'objet de la conven- » tion, qui excédait 100 liv., et non par ce qui » en reste dû; il ne peut donc pas être admis » à la prouver par témoins, quoiqu'il ne reste » dû que 60 liv. C'est l'avis du commentateur » sur Boiceau (1).

» Par la même raison si, comme héritier » pour un quart de mon père, je vous demande » 50 liv. pour le quart de la somme de 200 liv. » que je prétends vous avoir été prêtée par » mon père, je ne serai pas admis à la preuve » par témoins du prêt.

» Mais si dans l'un et l'autre cas, le deman- » deur offrait la preuve testimoniale, non de la » vente faite pour le prix de 200 liv., non du » prêt de 200 liv. fait par le défunt, mais de » la promesse que lui aurait faite le défendeur » de lui payer les 60 liv. qui restaient dues du » prix de vente, ou les 50 liv. qui lui étaient » dues pour son quart, je pense qu'il devrait » être reçu à la preuve, car cette promesse est » une nouvelle convention confirmative de la » première, et l'objet de cette nouvelle con- » vention n'excédant pas 100 livres, rien n'em- » pêche que la preuve testimoniale en puisse » être admise. »

Cela nous paraît si vrai que, selon nous, la preuve par témoins devrait être admise, encore que le débiteur se fût borné simplement à reconnaître la dette devant les témoins, sans s'obliger expressément à la payer; car celui qui reconnaît *devoir*, s'oblige implicitement et virtuellement à payer *ce qu'il doit.*

Mais, même en l'absence de cette promesse ou de cette reconnaissance, il n'y avait réellement pas de motif raisonnable pour rejeter, dans ces cas, la preuve par témoins. Le créancier, dit Pothier, a contrevenu à l'ordonnance, qui lui prescrivait de prendre un acte écrit d'une obligation qui excédait 100 livres; mais dans quelle vue, dans quel esprit, pour quel objet l'y obligeait-elle? Car c'est là véritablement ce qu'il fallait envisager; elle obligeait à faire des actes, afin qu'on ne pût prouver par témoins au delà de 100 liv. « De toutes choses » excédant la somme de 100 liv. seront passés » contrats par lesquels seulement *sera reçue la* » *preuve de la matière,* » disait celle de Moulins; mais ce n'était point pour rendre les actes nécessaires à la validité des conventions elles-mêmes. Cela est si vrai qu'elle n'excluait pas les autres genres de preuve, tels que l'aveu de la partie et le serment. Ce n'était pas non plus, comme on l'a prétendu, en vue de punir un créancier qui avait suivi la foi de son débiteur pour une somme excédant 100 livres, qu'elle

(1) Dan y.

interdisait à ce créancier la preuve testimoniale; c'était à cause du danger de cette preuve; mais ce danger, l'ordonnance elle-même n'y avait eu aucun égard lorsque la somme ou valeur n'excédait pas 100 livres; or, dans l'espèce, elle n'excédait pas non plus 100 liv.

A force de commenter, de torturer le sens de l'ordonnance (car elle ne contenait aucune disposition semblable à celle de notre article 1344), on a fini par l'appliquer d'une manière contraire à son véritable esprit. Pothier lui-même s'en est plaint relativement à une autre question : il admet bien qu'on puisse prouver par témoins un payement, n'excédant pas 100 liv., d'une dette constatée par écrit, et néanmoins, dit-il, *par une mauvaise interprétation de l'ordonnance, l'usage est contraire.* Nous démontrerons plus loin que Pothier a pleinement raison sur ce point, et que le Code du moins n'a pas consacré en cela la mauvaise interprétation de l'ordonnance; mais Pothier aurait dû plutôt aussi, selon nous, suivre, sur les cas en question, le sentiment de Boiceau et de Jousse, que de s'attacher à la *lettre* de cette ordonnance, en tant qu'elle prescrivait de passer des actes de toutes choses excédant 100 liv.; car, encore une fois, elle ne les prescrivait réellement que pour écarter la preuve par témoins, à cause du danger de la subornation; et dans l'espèce, ce danger n'était pas plus à craindre que si la somme de 60 liv. n'eût point été le restant d'une somme plus forte, mais bien celle qui eût été due dès le principe. Il faut prendre garde aussi que le désir de prévenir des fraudes, poussé trop loin, n'y donne précisément lieu en favorisant les débiteurs de mauvaise foi.

On conçoit très-bien qu'un créancier, après avoir demandé en justice une somme qui excéderait 150 fr., ne soit pas recevable ensuite, pour faire admettre la preuve par témoins, à restreindre sa demande à 150 fr.; nous en avons donné la véritable raison : il forcerait indirectement le défendeur à lui payer toute la somme primitivement demandée, pour la crainte qu'aurait celui-ci de voir sa réputation compromise par le résultat de l'enquête. Mais cette raison est sans force dans les cas où la demande, dès le principe, n'excède par 150 fr., puisqu'on ne prouvera pas avec effet au delà de ce qui a été demandé. Il n'y a donc d'autre sujet de crainte à avoir que celui qu'une personne serait exposée à payer au plus 150 francs qu'elle ne devrait pas, mais ce danger existe également dans les cas ordinaires, et la loi n'y a eu aucun égard; elle ne le présume pas.

Dira-t-on que le créancier n'a pas dû compter dès le principe, sur la preuve par témoins, et qu'un payement partiel fait ensuite par le débiteur n'a pas dû lui conférer le droit de faire cette preuve? Et pourquoi non, si l'on s'attache au véritable esprit de la loi, si l'on considère le but qu'elle s'est proposé en prescrivant des actes écrits pour les valeurs excédant 150 fr.?

Quoi qu'il en soit, son texte est formel, et il faut bien s'y soumettre; mais il a encore besoin d'explication pour être entendu sainement.

322. Ainsi, dans l'espèce de la vente d'une chose moyennant 200 livres, et d'une demande de 60 liv., supposée par Pothier,* cet auteur n'explique point s'il a entendu parler même du cas où l'acheteur aurait payé comptant les 140 livres qui, avec les 60 livres demandées, formaient le prix de la vente; et cependant il nous semble évident que ni sa décision ni celle de l'article 1344 ne doivent être entendues de ce cas.

En effet, si l'acheteur a payé comptant 140 livres, il n'a réellement été débiteur dès le principe que de 60 livres seulement, et quoique ces 60 livres fissent partie de la somme des 200 livres convenues, ils n'ont néanmoins pas fait *partie* d'une *créance* de 200 liv., puisqu'elles ont à elles seules formé toute la créance : le vendeur n'a donc eu besoin d'une preuve que pour ces mêmes 60 livres seulement, pour ce qui lui était dû, pour l'objet pour lequel il a eu action, il n'a jamais eu action que pour 60 liv. Or, s'il n'a eu besoin de preuve que pour cette somme, celle par témoins a dû lui paraître suffisante, et a dû lui suffire en effet. Ces 60 livres formaient à elles seules toute la dette, et ce n'était que pour la dette que la preuve était nécessaire.

Si l'on prétendait, en raisonnant *de apicibus juris,* que pendant un instant de raison, depuis l'accord sur la chose et le prix, jusqu'au mo-

ment même où l'acheteur a compté les 140 liv. payées comptant, ces 140 livres ont été dues, et en conséquence que cette somme, ainsi que celle de 60 livres pour laquelle il a été fait terme à l'acheteur, sont deux parties d'une même créance, d'une même somme, celle des 200 livres convenues comme prix de la vente, et d'après cela qu'il y a lieu d'appliquer l'article 1344; nous répondrions qu'en réalité les 140 livres payées comptant n'ont point été dues; qu'on ne doit pas les considérer comme l'ayant été; car l'acheteur qui paye le prix comptant ne peut être regardé comme débiteur, et voilà pourquoi l'on s'accorde généralement à reconnaître que si, dans ce cas, il est passé acte sous seing privé de la vente, il n'est pas besoin que l'acte soit fait en double original; le vendeur en effet n'a pas besoin d'un titre contre celui qui ne lui doit rien. Or, la loi sur la preuve testimoniale n'a pu vouloir prescrire des actes que pour constater des dettes, et des dettes excédant la somme qu'elle a déterminée.

L'article 1344 exclut bien la preuve testimoniale lorsque la somme demandée est *déclarée* être le restant ou faire partie d'une *créance* plus forte qui n'est point prouvée par écrit, mais dans notre espèce, quoique la somme convenue ait été de 200 livres, néanmoins, en réalité, la *créance,* la chose pour laquelle on a *cru à la foi* de l'acheteur, *creditum,* n'a jamais été que de 60 livres seulement : on ne s'est pas confié à lui, il n'y a pas eu *creditum,* pour les 140 livres qu'il a payées comptant.

Il y aurait eu d'ailleurs une grande inconséquence dans cette même loi si elle eût entendu prescrire à une personne à laquelle il était dû seulement 60 liv. pour objets vendus et livrés, d'exiger une preuve écrite de cette somme, et de forcer ainsi l'acheteur à recourir au ministère dispendieux d'un notaire, s'il n'eût su écrire, quand cependant d'un autre côté elle aurait affranchi les parties de l'obligation de faire un acte dans le cas même où la somme due aurait été jusqu'à 100 livres (et aujourd'hui jusqu'à 150 fr.), si la vente eût été seulement de cette somme.

Le raisonnement de Pothier sur le cas qu'il prévoit, que le vendeur a contrevenu à l'ordonnance, parce qu'elle exigeait une preuve écrite pour une vente de 200 liv., ce raisonnement, disons-nous, n'est pas même applicable à l'espèce, parce que l'ordonnance n'a pu vouloir une preuve écrite que pour prouver une créance au-dessus de 100 liv., et que, dans l'espèce, le vendeur n'a été créancier que d'une somme de 60 liv. seulement, au moyen du payement comptant de 140 livres. Et nous croyons bien que Pothier lui-même, ennemi des subtilités, aurait décidé la question comme nous, s'il l'avait envisagée dans l'hypothèse d'un payement comptant des 140 liv., puisqu'il dit dans l'espèce qu'il prévoit, que si le demandeur offrait de prouver par témoins, non la vente faite pour le prix de 200 liv., mais la promesse que lui aurait faite le défendeur de lui payer les 60 liv. qui lui restaient dues sur le prix de cette vente, la preuve devrait être admise; or, le demandeur, dans notre hypothèse, demande à prouver que le défendeur a promis de lui payer les 60 liv. pour lesquelles il lui a été accordé un terme, promesse que celui-ci a aussi incontestablement faite que dans le cas prévu par Pothier, et dont la preuve n'offre pas plus de danger, et n'est pas plus contraire à l'esprit de la loi.

Si vous supposez que c'était cinquante mesures de grains qui avaient été vendues moyennant 200 liv., c'est tout comme si l'acheteur en eût acheté et payé comptant trente-cinq mesures, et reçu quinze mesures à crédit. Mais nous déciderions la même chose dans le cas où c'eût été un seul objet, parce qu'il n'y aurait toujours eu qu'une *créance* de 60 liv., qui n'avait pas besoin, aux termes mêmes de l'ordonnance, d'être constatée par acte écrit.

Et quand bien même, dans notre espèce, le vendeur eût mal à propros déclaré dans sa demande que les 60 liv. réclamées étaient le restant d'un prix de vente de 200 liv., la preuve testimoniale, selon nous, n'en eût pas moins dû être admise, parce que c'est plutôt à la vérité des choses qu'aux mots dont on s'est servi, qu'il faut s'attacher.

Ainsi, nous croyons que la disposition de l'article 1344 doit être entendue du cas où, dès le principe, la créance se montait à une somme excédant 150 fr., et non de celui où, par l'effet d'un payement comptant, elle était d'une somme inférieure. Dans cette dernière hypothèse, elle

n'est que *nomine tenùs* le restant d'une somme plus forte; en réalité, elle est et a été toute la dette : ce n'est que pour cela qu'il y a eu action dès le principe, parce qu'il n'y a eu de créance, *creditum*, que pour l'objet à raison duquel on a *suivi la foi* de l'acheteur.

323. Ce même article présente une difficulté bien plus grave, selon nous. Par qui, en effet, suppose-t-il que la somme demandée *aura été déclarée être le restant ou faire partie d'une créance au-dessus de cent cinquante francs qui n'est point prouvée par écrit?* Il ne suppose pas que c'est par les témoins, puisqu'il dit que la preuve testimoniale ne doit pas être admise. Il ne suppose pas non plus que c'est par le défendeur, puisque celui-ci nie la dette, et que ce n'est que parce qu'il la nie, qu'il y a lieu à la question de savoir si la preuve testimoniale est ou non admissible. Il suppose donc que c'est par le demandeur; mais ce dernier, connaissant la disposition de ce même article, se gardera généralement bien de faire cette déclaration, et ne croira pas pour cela blesser l'équité, puisque la somme qu'il demande lui est réellement due. Ainsi, au lieu, par exemple, de demander 140 fr. comme restant d'une somme de 160 fr. qui lui avait été promise par le défendeur pour le prix d'une certaine quantité de denrées ou d'un certain objet qu'il lui a vendu et livré devant témoins, il demandera simplement 140 fr. pour le prix de cet objet, et cela, soit que depuis la vente il eût reçu ou non un payement de 20 fr. Nous disons *depuis la vente*, parce que, suivant ce que nous venons de démontrer, si c'était au moment même de la vente qu'il eût reçu ce payement de 20 fr., comme la *créance* n'aurait réellement été que de 140 fr., l'art. 1344 n'eût point été applicable à ce cas, du moins selon notre opinion, et la preuve par témoins n'eût pas dû souffrir de difficulté. Mais dans l'hypothèse que nous faisons, il y en a au contraire une très-grande.

Comment, en effet, le défendeur écartera-t-il la preuve testimoniale? et s'il ne peut l'écarter, quel sera le sort de la demande dans le cas où, ainsi qu'on doit le supposer, les témoins eux-mêmes déclareront qu'il y a eu vente, entre les parties, de tel objet, moyennant 160 francs?

D'abord, en niant la vente, évidemment le défendeur déclare par cela même qu'il n'y a pas lieu de faire à sa cause l'application de l'article 1344; cela n'a pas besoin d'être plus amplement démontré.

En avouant, au contraire, la vente et la livraison de la chose, mais en prétendant toutefois, pour se rendre cet article applicable, qu'elle a eu lieu moyennant 160 francs, et non pas moyennant 140, ainsi que le dit le demandeur, il rendrait superflue la preuve testimoniale, soit qu'il déclarât ou non qu'il a payé par à-compte 20 francs; car il avouerait ainsi la dette, sans justifier pour cela de sa libération. Aussi ne doit-on pas supposer, dans notre hypothèse, qu'il fera cet aveu.

Enfin, en déclarant qu'il est vrai qu'il y a eu vente, mais moyennant 160 francs, et qu'il en a payé le prix, son aveu ne pourrait sans doute être divisé (art. 1356), mais le demandeur ne serait point obligé de s'y tenir, sauf à lui à prouver sa prétention par d'autres moyens. Or, c'est ce qu'il veut faire, dans l'espèce, par la preuve testimoniale, attendu que sa demande est d'une somme qui n'excède pas 150 francs, et qu'elle n'est point *déclarée* par lui être le restant ou faire partie d'une créance au-dessus de cette somme.

Il ne reste donc au défendeur, dans notre espèce, pour tenter de se rendre applicable cet article 1344, qu'à demander au tribunal que le demandeur soit tenu de préciser davantage les faits, de le faire interroger sur faits et articles; mais si le demandeur se renferme dans la déclaration faite dans sa demande (1), il est clair que la preuve testimoniale est inévitable, et alors s'élève la question que nous avions posée d'abord, quel sera le sort de la demande dans le cas où, ainsi qu'on doit le supposer, les témoins déclareront que la vente a eu lieu pour le prix de 160 francs?

(1) C'est assurément une mauvaise loi, celle qui expose un créancier légitime à perdre sa créance, ou à ne pas répondre d'une manière entièrement conforme à la vérité sur un fait qui ne tient point du tout à l'existence réelle de cette même créance.

C'est une difficulté assurément que Pothier n'a pas prévue, car dans l'exemple qu'il donne « d'une demande de 60 livres restant du prix » d'une chose que *je prétends* vous avoir vendue » pour le prix de 200 livres, » il est clair qu'il suppose que c'est le demandeur lui-même qui *déclare* que la somme par lui demandée est le restant d'une somme qui, d'après l'ordonnance, aurait dû être prouvée par écrit, et c'est aussi ce que suppose l'art. 1344 lui-même; tandis que nous supposons, nous, ce qui arrivera le plus communément, que le demandeur se gardera bien de déclarer que la somme qu'il demande est le restant d'une créance qui excédait 150 francs dès le principe.

Si l'on s'attachait au véritable but que s'est proposé et qu'a dû se proposer le législateur dans l'article 1341, qui est le principe général de la matière, on devrait incontestablement décider que le défendeur doit être condamné à payer les 120 francs demandés, et l'on devrait même le décider ainsi nonobstant l'art. 1344, si l'on ne s'attachait qu'à *la lettre* de cet article. Mais si l'on s'attache à l'intention qui l'a dicté, par suite d'une mauvaise interprétation de l'ordonnance de 1667, on décidera probablement que la demande, dans l'espèce, doit être rejetée. On se fondera sur ce qu'elle n'a été établie qu'au moyen d'une preuve testimoniale que ce même article avait pour objet écarter, et qu'il aurait écartée en effet si la somme demandée eût été déclarée par le demandeur être le restant d'une créance excédant 150 francs qui n'était point prouvée par écrit. L'on dira que s'il n'en était ainsi, rien ne serait plus aisé que de se jouer de ce même article, qu'au surplus nous voudrions bien voir disparaître du Code, comme une de ces absurdités *traditionnelles*, dont on trouve plus d'un exemple.

324. Si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de 150 francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de différentes personnes. (Art. 1345.)

Peu importe que chacune des causes ne fût point assujettie à la règle générale; car, s'il n'en était ainsi, celui qui voudrait obtenir, à l'aide de la preuve testimoniale, une somme au-dessus de 150 francs qui ne lui serait pas due, ne manquerait pas de donner plusieurs causes à sa demande : il demanderait 150 fr. pour prêt, 150 fr. pour cause de vente, etc., et les témoins qu'il aurait corrompus ne feraient pas plus de difficulté de déposer de ces diverses causes, que d'une seule : ils ne méritent pas plus de foi sur la diversité des causes que sur les dettes elles-mêmes, lorsqu'elles excèdent 150 fr. La disposition serait applicable, encore qu'il offrît de prouver chacune des causes de la demande par des témoins divers. L'article ne distingue pas. Et en vain alléguerait-il que les créances se sont formées en différents temps. La raison qu'en donnait Pothier, c'est que dès que le demandeur se trouvait déjà créancier d'une certaine somme qui n'était point prouvée par écrit, et qu'il devenait ensuite créancier d'une autre somme, qui, réunie à la première, excédait le taux de l'ordonnance, il devait exiger une preuve par écrit.

La véritable raison, selon nous, c'est qu'il ne lui serait pas plus difficile de faire déclarer par les témoins, qu'il a prêté en différents temps la somme déclarée, que de leur faire dire qu'il l'a comptée en une seule fois.

Celle donnée par Pothier ne serait au surplus point applicable, et d'après cela notre article ne le serait pas non plus, au cas où la seconde créance serait le résultat d'un délit ou d'un quasi-délit commis par le débiteur envers le créancier, ou le résultat de la gestion de ses affaires, sans son aveu; car celui-ci ne pouvait en retirer une preuve écrite : l'une et l'autre créance pourraient donc être prouvées par témoins.

Mais en serait-il de même si c'était la créance pour prêt, vente, dépôt, etc., qui fût la dernière, ou si l'une des deux créances, n'importe laquelle, était appuyée d'un commencement de preuve par écrit. L'article 1347 porte que *les règles ci-dessus* reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, et l'article suivant porte également qu'*elles* (les

règles ci-dessus) reçoivent encore exception dans les cas d'obligations qui naissent des quasi-contrats, et des délits ou quasi-délits. Or, si la preuve testimoniale est de droit dans ces obligations, et dans les autres lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, quel que soit le montant de la demande, il semble qu'on ne devrait pas les prendre en considération dans la formation de la somme au delà de laquelle la loi n'admet pas la preuve testimoniale, quoiqu'elles fussent antérieures à la créance pour prêt, vente ou dépôt; car au nombre des *règles ci-dessus* se trouve celle de notre art. 1345. Le créancier, lors du prêt, etc., a pu raisonnablement croire qu'il n'avait pas à s'occuper de ces créances, puisque la loi lui disait qu'il pourrait les prouver par témoins : il n'a dû s'occuper que du soin de constater la dernière; or, comme elle n'excédait point 150 francs, il a pu se contenter d'une preuve par témoins. La fraude d'ailleurs n'est pas à craindre dans ce cas comme dans les cas ordinaires. Cette décision serait surtout incontestable s'il ignorait le fait qui a donné lieu à la première créance, ce qui ne serait pas impossible. Nous avouerons toutefois que, dans le cas contraire, la question n'est pas sans quelque difficulté; et nous serions porté à croire que les tribunaux rejetteraient toute nouvelle demande non prouvée par écrit, dont la cause serait antérieure à la première, et était déjà connue du demandeur.

325. Puisque la règle établie par cet article n'est point applicable aux cas où les droits ou créances comprises dans la demande, et excédant 150 francs, procèdent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes, il s'ensuit que je pourrai, par exemple, prouver par témoins que mon père, dont je suis héritier, vous a prêté une somme de 150 francs, et que je vous en ai prêté une semblable de mon côté; ou que mon père a prêté cette somme au vôtre, dont vous êtes l'héritier unique, et qu'il vous en a prêté une à vous-même; ou bien, *vice versâ,* que j'ai prêté une telle somme à votre père, et que je vous en ai prêté une pareille. Dans tous ces cas, en effet, les créances ne sont point nées entre les mêmes personnes : mon père et moi, votre père et vous sont des personnes différentes. La preuve par témoins est donc admissible pour prouver les deux créances, quoique, réunies, elles excèdent de beaucoup 150 francs : et comme l'article ne distingue pas, les mêmes témoins déposeraient valablement de l'une et de l'autre.

Il y a toutefois une difficulté, et elle naît de la raison donnée par Pothier, que lorsqu'une personne se trouve déjà créancière d'une certaine somme qui n'est point prouvée par écrit, et qu'elle le devient ensuite du même débiteur pour une autre somme qui, réunie à la première, excéderait celle de 100 livres, cette personne doit retirer une preuve écrite de la seconde créance : d'où naît la question de savoir si, dans le cas où je ne vous aurais fait le prêt que je vous ai fait, que seulement depuis que j'ai recueilli la succession de mon père, par conséquent dans un temps où, à raison de la maxime *le mort saisit le vif,* j'étais déjà devenu votre créancier, à cause de celui qu'il vous a fait lui-même, l'exception de notre article serait applicable? Et la question est la même si, dans le second et dans le troisième cas, le prêt qui vous a été fait par mon père ou par moi n'a eu lieu que depuis l'ouverture de la succession de votre père, auquel le mien ou moi avons également prêté.

Comme l'article ne distingue pas, que les diverses créances *procèdent* de personnes différentes, nous croyons qu'en effet il n'y a pas à distinguer; sauf au tribunal, dans le cas où ce seraient les mêmes témoins que l'on produirait pour établir les deux prêts, à se décider, d'après toutes les circonstances de l'affaire, soit quant à l'admission ou au rejet de la preuve testimoniale, soit quant au jugement sur le fond, s'il avait cru devoir admettre cette preuve. C'est même un pouvoir qu'il a généralement, comme nous le dirons plus loin.

326. Afin que les dispositions précédentes soient plus exactement observées, l'art. 1346, qui reproduit à cet égard celle de l'art. 6 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, porte que « toutes les demandes, à quelque titre que ce » soit, qui ne seront pas entièrement justifiées » par écrit, seront formées par un seul et même

» exploit, après lequel les autres demandes, » dont il n'y aura point de preuves par écrit, » ne seront pas reçues. »

On a voulu prévenir tout subterfuge, et empêcher qu'un homme de mauvaise foi n'obtînt, à l'aide de la preuve par témoins, et par des demandes successives, une forte somme qu'il diviserait par parties, en s'abstenant toutefois de déclarer dans ses demandes que c'est une portion ou le restant d'une créance excédant 150 francs, qui n'était point prouvée par écrit, afin d'éviter l'application de l'art. 1344.

327. Cette disposition n'est toutefois pas sans quelque difficulté dans son application exacte, et il paraît même qu'au temps de Jousse, elle était assez volontiers négligée, car cet auteur s'exprime ainsi dans son commentaire sur l'ordonnance : « Il serait bien à souhaiter que cette disposition, qui est très-sage, fût observée plus exactement qu'elle ne l'est, cela contribuerait beaucoup à abréger la durée des procès. »

Pothier, qui analyse, dans son *Traité des obligations,* les autres dispositions de l'ordonnance, ne fait même pas mention de celle-là.

Quoi qu'il en soit, comment doit-elle être entendue? Le créancier doit-il comprendre dans son exploit, même les créances sous condition, ainsi que celles dont le terme n'est point encore échu? Évidemment non, puisqu'à l'égard des premières, il n'y a pas à proprement parler de dettes, mais une simple espérance, § 4, Instit., *de verb. oblig.;* et à l'égard des secondes, il ne peut priver le débiteur du bénéfice du terme. Il fera bien, au surplus, à l'égard de ces mêmes créances, de faire ses réserves dans la cause, pour prévenir des difficultés ultérieures.

Mais doit-il y comprendre toutes les causes de demandes alors exigibles, encore qu'elles procédassent de diverses personnes, à peine d'être ensuite non recevable à demander le payement de celles qui ne seraient pas entièrement justifiées par écrit? Nous le pensons, car l'article 1346 faisant suite à celui qui traite de ces créances, s'y applique par conséquent : seulement dans le cas où le créancier, au temps de sa demande, aurait eu une juste cause d'ignorer l'existence de telle ou telle de ces créances, il ne serait point non recevable ensuite à en demander le payement, et à prouver la dette par témoins. (Argument tiré de l'article 1299.)

Il doit même comprendre dans le même exploit les créances exigibles, encore qu'elles fussent appuyées d'un commencement de preuve par écrit; car un commencement de preuve par écrit n'est point une preuve écrite, et l'article veut que le demandeur comprenne dans un même exploit toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas *entièrement justifiées par écrit.* Peu importe que l'art. 1347, qui dit que « les règles ci-dessus reçoivent » exception lorsqu'il y a un commencement de » preuve par écrit, » vienne après la disposition que nous analysons maintenant : cette disposition est spéciale, et rend, à ce titre, inapplicable à la cause celle de l'art. 1347.

Nous en disons autant des créances qui auraient pour cause un quasi-contrat ou quasi-délit, et même un délit, dans le cas où le demandeur voudrait ensuite agir par la voie civile. L'article 1346 dit en effet : « Toutes les de» mandes, *à quelque titre que ce soit,* qui ne » seront pas entièrement justifiées par écrit, » seront formées par le même exploit, après » lequel les autres demandes qui ne seront pas » justifiées par écrit ne seront pas reçues. » Ces mots, *à quelque titre que ce soit,* comprennent toutes les causes de demande que le demandeur voudrait ensuite justifier par la preuve testimoniale. Il n'y aurait exception qu'à l'égard des créances dont il ignorait les causes au temps où il a formé sa demande.

Enfin, en disant que les autres demandes dont il n'y aura point de preuve par écrit ne seront pas reçues, l'article entend-il parler même de celles dont les causes seraient postérieures à la demande? M. Delvincourt est de cet avis, parce que, dit-il, on peut bien prêter une somme modique à une personne sans billet, mais lorsque cette personne a nié le prêt, et qu'on a été obligé de le lui prouver par témoins, il n'est pas présumable qu'on lui prête une seconde fois sur parole.

Cette observation n'est sans doute pas sans fondement; mais, d'un autre côté, l'on peut

dire que l'article n'a pu vouvoir obliger à comprendre dans le même exploit que les demandes dont les causes existaient alors, et que ce n'est qu'à l'égard de celles-là qu'il dit ensuite que les autres demandes dont il n'y aura pas de preuve par écrit ne seront point reçues, puisque cette partie de l'article est un corollaire de la première. L'observation n'aurait d'ailleurs aucune application aux créances nées de quasi-contrats, de délits ou quasi-délits, ni aux autres créances que le demandeur aurait acquises d'une autre personne, par succession, donation, cession ou autrement, depuis sa première demande. Aussi n'y aurait-il pas de difficulté pour ces diverses créances : la demande en serait évidemment recevable. Quant à celles qui seraient nées entre les mêmes parties, par l'effet de contrats, et toujours postérieurement à la première demande, la question dépendrait, selon nous, beaucoup des circonstances; les juges devraient surtout prendre en considération la qualité des témoins, et voir si ce sont les mêmes ou d'autres que ceux qui avaient été produits dans la première instance.

328. Jousse, sur l'article 6 de l'ordonnance, précité, disait : « *Quid* si le défendeur ne veut » point user du droit que lui confère cet article, et n'oppose point la fin de non-recevoir? *Il semble* que le juge peut la suppléer » d'office, afin que les procès ne soient pas » tirés en longueur; ce qui résulte de ces » mots, *ne seront reçues.* »

Il résulterait de la question et de la réponse de Jousse, que le juge non-seulement devrait rejeter d'office la demande à fins de preuve testimoniale, mais encore la demande principale elle-même; or, c'est ce qu'il nous est impossible de croire, d'après les principes sur l'aveu de la partie et sur le serment décisoire, lequel peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (art. 1358), encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1360), seule chose qu'on puisse dire avec fondement, par application de notre art. 1346, qui rejette toute preuve testimoniale au sujet de la nouvelle demande (1).

L'ordonnance n'avait pas entendu donner aux juges le pouvoir de la rejeter, comme si c'eût été une dette de jeu, pour laquelle la loi n'accorde pas d'action : elle avait seulement voulu que le créancier ne pût prétendre justifier cette nouvelle demande par la preuve testimoniale, et c'est aussi ce que veut l'art. 1346, qui ne traite que de cette preuve, et qu'on ne doit point isoler des autres dispositions du Code. Dès que le juge ne peut suppléer d'office le moyen de la prescription (art. 2223), on ne voit pas comment il pourrait, dans l'espèce, sous le prétexte d'empêcher que les procès ne soient tirés en longueur, les trancher tout court en donnant congé au défendeur et en condamnant le demandeur aux dépens. La déclaration de 1733, dont il a été parlé plus haut, *défendait aux juges d'ordonner juridiquement le payement des billets* qui n'étaient pas faits conformément à sa disposition, et cependant, nonobstant cette défense, qui était assurément aussi contraire à l'action du créancier que, dans notre espèce, ces mots, *ne seront reçues*, elle autorisait le demandeur à déférer le serment au défendeur, bien loin que le juge pût rejeter la demande elle-même de sa propre autorité. Au reste, Jousse n'exprime qu'avec scrupule l'opinion qu'il émet à cet égard : *il semble,* dit-il, etc. Pour nous, nous croyons que non-seulement le juge ne doit point rejeter d'office la demande, mais même qu'il ne doit point rejeter d'office la preuve testimoniale invoquée par le créancier : la loi a seulement voulu donner au défendeur une fin de non-recevoir à ce sujet; car si celui-ci n'en veut point user, il en est le maître : *volenti non fit injuria.*

329. Le même auteur se demande ensuite si, dans un cas où une partie aurait pu écarter la preuve par témoins, elle a consenti, au moins tacitement, en faisant elle-même sa

(1) * La partie qui n'a contesté ni en première instance ni en appel l'admission d'une preuve testimoniale ordonnée par le premier juge, n'est pas recevable à proposer son illégalité comme moyen de cassation. (Brux. cass., 25 janvier 1836; Bull. de cass., 1836, 257.)

contre-preuve, à ce que l'autre partie fît cette preuve, elle peut encore interjeter appel du jugement interlocutoire qui l'a admise, ainsi que du jugement au fond qui a statué conformément au résultat de l'enquête? Et il dit sur cette question, que la partie est toujours recevable à appeler, encore qu'elle ait fait son enquête contraire. Il cite à ce sujet deux arrêts qui l'ont ainsi jugé : l'un du mois de décembre 1573, rapporté par Thévenot, sur *les ordonnances,* liv. III, tit. IX, art 5; et l'autre du 28 juin 1599, rendu au rapport de Louët. Il s'appuie aussi du sentiment de Charondas, liv. II, *réponse* 91, et de celui de Leprêtre, *cent.* 4, chap. 22, n[os] 9 et 10. Mais il ajoute toutefois « qu'il croit que si la partie qui a » intérêt d'empêcher la preuve avait consenti » *en termes exprès* à cette preuve par témoins, » cette partie ne serait plus recevable à en » interjeter appel, quoique la cause fût d'une » somme excédant 100 liv. »

Cela, selon nous, est si peu douteux que nous ne voyons même pas pourquoi Jousse exige pour cela un consentement exprès de la partie : son consentement tacite résultant de sa contre-enquête faite sans protestations ni réserves, est aussi clair qu'un consentement exprimé en termes formels, et il doit produire le même effet, celui de la rendre non recevable à appeler, de ce chef, du jugement au fond; sauf le cas où l'enquête serait irrégulière, et celui où ce jugement serait vicieux pour quelque autre cause, en admettant au surplus que la matière fût susceptible d'appel, d'après les règles sur *le premier et le dernier ressort.*

Et les mêmes décisions s'appliqueraient au recours en cassation, à l'égard du jugement rendu en dernier ressort.

Il n'en est pas en effet d'un jugement interlocutoire comme d'un simple jugement préparatoire : l'exécution de ce dernier, même sans protestations ni réserves, n'empêche point d'en interjeter appel, en interjetant appel du jugement rendu sur le fond (art. 451 du Code de procédure); tandis que rien de semblable n'est dit dans le Code de procédure relativement à l'exécution, sans protestations ni réserves, d'un jugement interlocutoire. La raison de différence tient à ce que le jugement préparatoire n'est qu'un simple *avant dire droit* pour mettre la cause en état d'être jugée, sans préjuger le fond; au lieu que le jugement interlocutoire préjuge le fond (art. 452, C. proc.); d'où il suit que pouvant nuire à la partie contre laquelle il a été rendu, si cette partie, au lieu de se pourvoir par les voies de droit contre ce jugement, l'exécute sans protestations ni réserves, c'est parce qu'elle le trouve bien rendu : elle y acquiesce. Or, les jugements qui ordonnent une enquête sont des jugements interlocutoires; *ils préjugent le fond.*

Nous irons même plus loin : il est même fort douteux aujourd'hui que les protestations et réserves faites par la partie contre laquelle la preuve par témoins aurait été admise, dans sa contre-preuve ou dans un acte précédent, fussent suffisantes pour détruire l'effet de l'exécution qu'elle a donnée elle-même au jugement interlocutoire, en faisant cette contre-preuve. Car pourquoi ne s'est-elle pas pourvue contre ce jugement, ainsi qu'elle en avait le droit, plutôt que de l'exécuter? Ne serait-ce pas parce qu'elle a voulu courir la chance où les enquêtes lui seraient favorables, et en même temps écarter la chance contraire, en se réservant le moyen de les faire tomber, ainsi que le jugement qui serait rendu en conformité des dépositions? Cela n'est pas douteux, mais aussi cela n'est pas non plus conforme aux règles de la justice et du droit.

§ II.

Il n'est admis aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme moindre de 150 francs.

SOMMAIRE.

330. *Comment doit être entendue la règle.*
331. *Divers exemples de cas où elle s'applique.*
332. *Mais elle ne s'applique pas aux cas où le défendeur demande à prouver par témoins que le jeu ou des faits d'usure sont la cause réelle de l'obligation.*
333. *Ou des faits de fraude, ou de violence, ou d'erreur.*

330. Lorsque les parties ont fait un acte, on doit présumer qu'elles y ont inséré toutes leurs conventions, et telles qu'elles ont été arrêtées: en conséquence il n'est admis aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, même quand il s'agirait d'une valeur au-dessous de 150 fr. (Art. 1341.) La partie devait retirer une contre-lettre.

Or, ce serait vouloir prouver *contre* le contenu à l'acte, si le débiteur voulait prouver une chose de laquelle il résulterait une diminution des droits que l'acte par lui-même attribuerait au créancier, ou si celui-ci prétendait prouver quelque chose qui lui donnerait certain droit dont l'acte ne ferait pas mention, ou si enfin, dans le cas d'un contrat synallagmatique, la chose que l'une des parties voudrait prouver altérait ou modifiait d'une manière quelconque, les droits de l'autre, tels que l'acte les avait établis (1).

331. De là si, dans un bail d'héritages ruraux, l'acte portait que le preneur sera tenu des cas fortuits prévus et imprévus, et que ce dernier prétendît ensuite prouver qu'il lui a été expliqué, lors du bail, que cela ne s'entendait que des cas fortuits ordinaires, tels que gelée, coulure et grêle, il ne serait pas admis à faire cette preuve par témoins, pour s'affranchir d'un cas fortuit extraordinaire qui aurait eu lieu; car ce serait vouloir prouver *contre* le contenu en l'acte, les cas fortuits *imprévus* étant les cas fortuits extraordinaires. (Art. 1773.)

Ce serait vouloir aussi prouver *contre* le contenu à l'acte, si celui à qui un billet de 200 fr., par exemple, a été souscrit pour prêt, sans mention d'intérêts convenus jusqu'au remboursement, voulait prouver qu'il y a cependant eu une convention d'intérêts dont, par quelque raison particulière, les parties n'ont pas jugé à propos de parler dans le billet.

332. Toutefois il y a quelques observations à faire sur le cas d'usure; et il y a usure aujourd'hui, non pas, comme anciennement, par cela seul qu'il y a eu stipulation d'intérêt dans un prêt, mais seulement lorsque des intérêts ont été stipulés à un taux excédant celui fixé par la loi du 3 septembre 1807: cinq pour cent sans retenue en matière civile, et six en matière de commerce.

Jousse dit que « quand on allègue le fait » d'usure ou du jeu contre une promesse, on » admet quelquefois la preuve par témoins; ce » qui dépend des différentes circonstances et » lorsque la présomption est violente; » et il renvoie à ce sujet au procès-verbal de l'ordonnance de 1667, pag. 221 et 222.

Pour le cas de jeu, l'ordonnance de 1629 le décidait positivement par ses art. 138 et 140, dérogeant, à cet égard, aux règles ordinaires sur la preuve testimoniale, établies par l'ordonnance de Moulins. Plusieurs arrêts ont jugé conformément à cette décision: nous les citons au tome X, n° 370, où nous discutons la question, et où nous la résolvons en ce sens.

Il y a un peu plus de difficulté pour le cas d'usure alléguée. L'art. 3 de la loi du 3 septembre 1807, *sur le taux de l'intérêt de l'argent,* porte bien, il est vrai, que « lorsqu'il » sera prouvé que le prêt conventionnel a été » fait à un taux excédant celui qui est fixé par

(1) * La preuve par témoins ne peut être admise, sur le fait que l'acquéreur aurait permis au vendeur d'exercer le rachat après le délai fixé par la convention. (Liége, 13 juin 1814, Rec., 5, 502; Req., 7 mars 1834; Sirey, 34, 216.)

» l'art. 1er, le prêteur sera condamné, par le » tribunal saisi de la contestation, à restituer » cet excédant, s'il l'a reçu, ou à souffrir la » déduction sur le principal de la créance, et » pourra même être renvoyé, s'il y a lieu, au » tribunal de police correctionnelle, pour y être » jugé conformément à l'article suivant (1). » Mais cette disposition, qui suppose que l'action dont est saisi le tribunal est purement civile, ne s'explique pas sur la nature de la preuve qui sera admise pour établir l'usure. Nous croyons, d'après cela, qu'il n'en exclut aucune, et que, conformément à ce qui était reçu dans l'ancienne jurisprudence, celle par témoins pourrait être admise, si la présomption d'usure était violente, et nous ajouterons, si l'usure paraissait quelque peu considérable. Il est certain que généralement l'emprunteur, qui a besoin d'argent, et qui pour en obtenir souscrit à tout ce qu'on exige de lui, n'est pas en position d'avoir une preuve écrite du fait d'usure qu'il allègue, et par conséquent que le principe qui a dicté l'art. 1348 lui est applicable.

De plus, l'habitude de l'usure est un délit qui se forme par les conventions elles-mêmes, et qui ne suppose pas, comme le délit de violation de dépôt, la préexistence d'un contrat de dépôt, qu'il faut d'abord prouver, et par les voies ordinaires, pour établir le délit; au contraire, le fait d'usure se commet par les actes mêmes; c'est une fraude, une sorte de dol, et d'après l'art. 1353, le dol peut s'établir par les présomptions que la loi abandonne à la sagesse du magistrat; or, comme ces mêmes présomptions sont assimilées par cet article à la preuve testimoniale, il s'ensuit que le dol peut être prouvé par témoins, comme par ces présomptions, et, par voie de conséquence, que le délit d'usure peut être prouvé devant les tribunaux correctionnels par la seule preuve testimoniale, ainsi que l'a jugé la cour de cassation, par arrêt de cassation du 2 décembre 1814 (2).

Par la même raison, un simple fait d'usure peut être prouvé aussi par témoins, ainsi que l'a jugé la même cour, par arrêt de la section des requêtes, le 28 juin 1811 (3). Dans l'espèce, l'acte était cependant authentique, et portait que les deniers avaient été comptés en présence du notaire; mais la numération avait pu être simulée, et l'emprunteur n'étant pas libre, mais forcé par sa position, il n'y avait pas lieu de dire pour cela qu'il avait été complice d'une simulation : il en avait seulement été victime. Ainsi l'art. 1341 a été jugé n'être point applicable.

Et par identité de motifs, la même cour a aussi décidé, par arrêt du 3 avril 1824 (4), que la simple perception d'intérêts excédant le taux légal, constitue le dol et la fraude, encore bien qu'elle n'eût pas le caractère d'habitude d'usure (auquel cas elle eût été un délit) ; et que pour la reconnaître et en déclarer les effets, c'est-à-dire condamner le prêteur à restituer ce qu'il a perçu au delà de l'intérêt légal, les juges peuvent se contenter de simples présomptions résultant des circonstances de la cause, conformément à l'article 1353 du Code civil (5).

333. A plus forte raison, les faits de violence et de fraude, et même d'erreur, peuvent-ils se prouver par témoins, quoique l'acte, par son contexte, constatât que tout s'est passé régulièrement entre les parties. A ces cas ne s'applique pas non plus la règle qu'il n'est pas permis de prouver par témoins *contre* le contenu à l'acte, mais bien celle que la preuve testimoniale est admise toutes les fois qu'il n'a pas été possible à celui qui l'invoque, de se procurer une preuve écrite du fait qu'il allègue à l'appui de sa prétention. Ce point n'a jamais fait de difficulté, et l'on peut, pour plus de confir-

(1) Ainsi conçu : « Tout individu qui sera prévenu de » se livrer *habituellement* à l'usure, sera traduit devant » le tribunal correctionnel, et, en cas de conviction, » condamné à une amende qui ne pourra excéder la » moitié des capitaux qu'il aura prêtés à usure.

» S'il résulte de la procédure qu'il y a eu escroquerie » de la part du prêteur, il sera condamné, outre l'amende » ci-dessus, à un emprisonnement qui ne pourra excéder » deux ans. »

(2) * Favard, vo *Usure.*

(3) * Favard, vo *Usure.*

(4) * Favard, *ibid;* Dalloz, 28, 22.

(5) * Lorsqu'un acte, d'après sa teneur, présente tous les caractères d'un contrat de vente, avec clause de réméré, le vendeur ne peut, en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, soutenir, à l'aide de présomptions, quelque graves, quelque précises, quelque concordantes qu'elles puissent être, que cet acte ne présente, en réalité, qu'un prêt usuraire. (Liége, 17 avril 1834; J. de. B., 1834, 320.)

mation, s'il en était besoin, recourir à ce que nous avons dit, à ce sujet, au tome X, sur les cas de violence, d'erreur, de dol et de fausse cause (1).

334. Lorsqu'une dette a été contractée par acte, soit authentique, soit sous seing privé, serait-ce vouloir prouver *contre et outre le contenu à l'acte*, que de demander à prouver un payement qui a eu lieu postérieurement? le débiteur doit-il être admis à faire cette preuve par témoins, lorsque le payement n'excède pas cent cinquante francs?

Plusieurs arrêts ont jugé anciennement qu'il devait être admis à prouver par témoins un payement n'excédant pas cent livres, quoique la dette fût constatée par écrit. On peut citer celui du 20 décembre 1640, rapporté par Boniface, tome Ier, liv. VIII, tit. XXVII, chap. IV, et celui du mois d'août 1682, de la cour des aides, rapporté au *Journal du Palais*, tome II de l'édition *in-folio*. Boiceau, *Traité de la preuve*, part. II, chap. II, est aussi de ce sentiment : selon lui, ce n'est en aucune façon prouver contre et outre le contenu en l'acte.

Au contraire, Jousse, qui cite ces arrêts, dit que « *cela lui semble aller directement* contre l'ordonnance. » Mais on peut lui demander en quoi cela va contre l'ordonnance; car celui qui demande à prouver le payement qu'il prétend avoir fait, reconnaît tout ce que porte l'acte, et c'est en exécution de ce même acte qu'il a fait ce payement. « L'allégation du payement, » dit M. Delvincourt, vient à l'appui du prêt, » bien loin d'aller contre le contenu en l'acte. » Autre chose serait si le défendeur prétendait » qu'on ne lui a pas prêté les deniers; dans ce » cas, il voudrait, mais vainement, prouver » *contre* l'acte. »

Pothier est aussi d'avis que ce n'est point là prouver contre le contenu à l'acte : « Cependant, » ajoute-t-il, je vois que dans l'usage, soit par une » mauvaise interprétation de l'ordonnance, soit » pour quelque autre raison, on refuse la preuve » testimoniale des payements d'une dette dont » il y a un acte par écrit. »

Cette autre raison est probablement celle-ci, que celui de qui l'on a exigé un écrit ne doit pas être facilement présumé payer sans se faire rendre le titre, si la dette est acquittée entièrement, ou une quittance, soit sur le titre, soit par un acte séparé, si elle ne l'est pas en totalité. Mais on peut répondre qu'il arrive souvent qu'un payement est fait dans une foire ou dans un marché, ou dans toute autre circonstance particulière, où le créancier n'a pas son titre sur lui, et lorsque aussi il n'y avait pas facilité de faire en ce moment une quittance par-devant notaire, si le créancier ne savait pas écrire, et même sous seing privé, quoiqu'il le sût; cela se voit tous les jours.

Toutefois Pothier n'agite la question que pour le cas où la dette constatée par écrit, et dont le payement est ensuite fait devant témoins, n'excède pas 100 livres : « celui, dit-il, qui, par un » acte, est débiteur d'une somme *moindre* de » 100 livres, peut-il être reçu à prouver par » témoins le payement de cette dette, ou de » partie? Il semble qu'il doit être admis, etc. » D'où il paraîtrait que, suivant cet auteur, le débiteur ne devrait pas être admis à la preuve testimoniale, si la dette était de plus de 100 livres. Mais si telle était son opinion, nous ne saurions nous y ranger; il n'y a aucune distinction à faire à cet égard, et Boiceau n'en faisait pas. Jousse n'indique pas non plus que les arrêts ci-dessus cités aient eu à statuer dans des espèces où la dette constatée par écrit n'excédait pas 100 liv. Quoi qu'il en soit, il nous paraît certain qu'un payement, quoique la dette fût au-dessus de 150 francs, doit pouvoir être prouvé par témoins jusqu'à 150 francs. La loi ne prescrit en effet de passer acte pour *toutes choses*, par conséquent pour les payements comme pour les conventions et obligations, que lorsque la valeur excède cette somme.

Ce n'est point non plus vouloir prouver ce qui serait allégué avoir *été dit depuis l'acte*,

(1) * Brux., 14 août 1833. (J. de B., 1833, 107.) — Lorsqu'il résulte de l'aveu d'une partie que la cause énoncée dans un acte n'est pas réelle, l'acte est néanmoins valable si, en prenant l'aveu tel qu'il est, il laisse à l'obligation une cause légitime.

La partie qui a accepté cet aveu, tel qu'il était fait, sans réserve ni protestation, ne peut ensuite le diviser et demander à prouver, par tous moyens de droit, que la cause énoncée dans l'acte est fausse. (Brux., 26 février 1835; J. de B., 1835, 276.)

puisqu'il s'agit, non d'un *dire* qui aurait eu pour objet d'altérer la convention dans ses effets, mais d'un *fait* qui suppose, au contraire, la reconnaissance, dans son entier, de cette même convention, dont ce payement est l'exécution, en tout ou en partie (1).

335. Il y a plus de difficulté à l'égard d'une remise, parce que l'on peut dire que, si la preuve n'est pas contre et outre le contenu en l'acte, ni sur ce qui aurait été dit avant ou lors de l'acte, elle est du moins sur ce qui *aurait été dit depuis l'acte;* et l'art. 1341 l'exclut aussi pour ce cas. Cependant, au tome précédent, n° 360, nous avons décidé que la preuve par témoins d'une remise n'excédant pas 150 fr., peut et même doit être admise, encore que la dette fût constatée par écrit; que ce n'est point contrevenir à la disposition finale de l'article 1341.

En effet, la défense de cette preuve est établie afin que l'un des contractants ne vienne pas, par des allégations, attaquer la convention dans quelques-unes de ses parties; or, dans le cas d'une simple remise, le débiteur à qui elle a été faite, ne demande pas à prouver quelque chose qui contredirait directement ou indirectement cette même convention, qui en altérerait d'une manière quelconque les dispositions; il veut seulement prouver un fait qui en est indépendant, et qui n'en altère en rien l'objet; un fait qui en suppose, au contraire, l'existence, telle que la constatait l'acte; en un mot, un moyen de libération, tout comme un payement, une compensation, la perte de la chose due. On ne peut appliquer à ce cas ce qui a été dit plus haut, que lorsque les parties ont fait un acte, elles sont censées y avoir inséré toutes leurs conventions, car ce n'en est point une qui aurait pour objet de modifier celles qui étaient contenues à l'acte; c'est une chose différente. Quand il s'agit d'une modification apportée à une convention constatée par un acte, la partie qui la stipule doit naturellement en tirer une preuve par écrit; mais lorsque c'est une simple remise gratuite faite depuis l'acte, cette partie ne pourrait en demander une preuve écrite à son créancier sans craindre de le blesser, et sans craindre par cela même qu'il ne s'y refusât. La remise peut d'ailleurs avoir été faite dans des circonstances où celui-ci ne pouvait alors en faire mention sur le titre, parce qu'il ne l'avait pas en ce moment entre ses mains, ni donner une décharge par acte; et s'il la nie ensuite, ou si, étant venu à mourir, ses héritiers ne veulent pas la reconnaître, il nous semble qu'elle doit pouvoir être prouvée par témoins jusqu'à concurrence de 150 francs. Au surplus, indépendamment de la faculté de faire interroger le créancier sur faits et articles, le débiteur pourrait incontestablement lui déférer le serment sur le fait de la remise, et à ses héritiers, sur le point de savoir s'ils n'en ont pas connaissance.

336. Un débiteur ne serait point admis à prouver par témoins qu'il lui a été accordé, par la convention, un terme qui n'a pas été mentionné dans l'acte, ou qu'il lui en a été accordé un plus long que celui qui s'y trouve mentionné.

Aucune des parties ne serait reçue à prouver de cette manière qu'on est convenu d'un certain lieu pour le payement, si l'acte n'en disait rien. On resterait à cet égard soumis aux règles générales établies par l'art. 1247.

Ce serait aussi vouloir prouver *outre* le contenu à l'acte, si celui qui a donné un domaine à ferme, ou à culture à moitié fruits, demandait à prouver par témoins que le fermier, ou le colon partiaire ou métayer, s'est obligé de lui livrer chaque année du bail, une certaine prestation dont il n'a pas été fait mention dans le bail : comme vingt livres de beurre, douze chapons, etc. Et il en serait ainsi quand même ces objets seraient mentionnés en marge ou à la suite du bail authentique, de la main même du notaire, si la mention n'était point apostillée aussi par le fermier ou colon partiaire; car cette mention ne serait point censée faire partie de l'acte : elle serait présumée avoir été mise après coup. C'était l'avis de Danty sur Boiceau, et de Pothier.

Mais si elle se trouvait sur le double du preneur, dans le cas où le bail aurait été fait par

(1) * Rolland, n° 69; Delvin. — *Contrà*. Favard, v° *Preuve*, § 1er, n° 7.

acte sous seing privé, elle ferait preuve contre lui, lors même qu'elle ne serait pas de sa main, et qu'elle ne se trouverait point répétée sur le double du bailleur; car il ne l'y aurait pas moins mise ou laissé mettre, si la chose n'avait été convenue; sauf, dans le cas où elle ne serait pas de sa main, la preuve de la surprise ou de la fraude de la part du bailleur, dans l'hypothèse où ce double, à raison de quelque circonstance particulière, aurait été en sa possession.

337. La preuve testimoniale étant interdite contre et outre le contenu à l'acte, il résulte de là qu'une partie ne serait pas même recevable à faire entendre le notaire qui l'a reçu, ni les témoins qui ont assisté à sa réception, soit pour déposer de telle ou telle convention que, par quelque raison particulière, l'on n'aurait pas jugé à propos, suivant elle, d'insérer dans l'acte, soit pour expliquer le sens convenu des clauses qui s'y trouvent renfermées. Domat, part. I, liv. III, tit. VI, sect. 2, n° 7, et Pothier le décident ainsi. C'est aux juges à interpréter les clauses obscures ou douteuses des actes, d'après les règles que la loi leur trace à cet effet, et que nous avons expliquées précédemment, au tome X.

338. La prohibition de la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ne s'applique qu'aux personnes qui y ont été parties, et à leurs héritiers ou ayants cause, parce qu'elles doivent s'imputer d'y avoir laissé comprendre ce qui s'y trouve écrit et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir omis quelque chose qui devait y être compris; mais cette prohibition ne peut concerner les tiers, en fraude des droits desquels on aurait inséré, dans les actes, des choses contraires à la vérité de ce qui s'est passé; car il n'a pas dépendu d'eux d'avoir une preuve écrite de la vérité des faits (1).

C'est pourquoi si, dans un acte de cession des droits d'un héritier à un non-successible, les parties avaient déclaré un prix excédant le prix réel, dans la vue d'empêcher qu'un cohéritier n'usât de la faculté d'exclure du partage le cessionnaire, par le remboursement du prix de la succession, conformément à l'article 841, rien n'empêcherait ce cohéritier de prouver par témoins que le prix est seulement de telle somme, et non de celle portée à l'acte. Il en serait de même dans le cas prévu à l'article 1699. C'était aussi l'avis de Pothier pour tous les cas de retrait.

339. La règle que la preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, reçoit une exception par l'art. 1347, pour le cas où il y a un commencement de preuve par écrit; car cet article porte que « *les règles ci-dessus* reçoivent » exception lorsqu'il existe un commencement » de preuve par écrit. » Or, celle dont il s'agit est une de ces règles, c'est même la première après celle qui prescrit la nécessité des actes pour toutes choses excédant la valeur de 150 francs; elle se trouve donc comprise dans cette exception : la conséquence est irrécusable (2).

Cependant si le commencement de preuve par écrit se référait à une époque antérieure à celle où l'acte a été passé, ou à la même date, il serait à croire que les parties n'y ont eu aucun égard, et il ne devrait généralement pas servir à faire admettre la preuve testimoniale contre et outre le contenu de l'acte, ni pour prouver, par cette voie, ce qui aurait été dit avant l'acte ou lors de l'acte, sans préjudice du cas où cet acte serait attaqué pour fausse cause, ou pour erreur ou dol.

§ III.

Exceptions aux règles ci-dessus.

SOMMAIRE.

340. *La règle générale que la preuve par témoins n'est pas admissible pour une va-*

(1) * Liége, 24 mars 1824; Dalloz, 21, 202; Paris, 14 février 1834; Sirey, 34, 2, 651.

(2) C'est ce que nous avons déjà dit au tome X, n° 357.

leur excédant 150 francs, reçoit exception en matière de commerce.

341. *Comment doit être entendu à cet égard l'art. 109 du Code de commerce.*

342. *Elle reçoit exception aussi lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, et ce qu'on entend par commencement de preuve par écrit.*

343. *Actes qui peuvent aussi servir de commencement de preuve par écrit, quoiqu'ils ne soient pas de la main de celui à qui on les oppose, ni de celle de son auteur.*

344. *Le juge, en général, a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si un acte rend vraisemblable le fait allégué, et en conséquence s'il doit ou non l'admettre comme commencement de preuve par écrit.*

345. *Exemple d'un acte propre à servir de commencement de preuve par écrit.*

346. *Autre exemple.*

347. *Autre exemple.*

348. *Le billet souscrit par un mineur n'est point un commencement de preuve par écrit du bon emploi des deniers.*

349. *Cas où l'on a jugé qu'il y avait commencement de preuve par écrit, et où cela pouvait être douteux en général.*

350. *Une quittance non signée, écrite de la main du créancier, et qui se trouve en la possession du débiteur, forme généralement un commencement de preuve par écrit.*

351. *Un acte émané d'un tiers ne peut, hormis les cas exprimés par la loi, servir de commencement de preuve par écrit.*

352. *L'acte authentique nul même comme écriture privée, ne peut servir de commencement de preuve par écrit, même à l'effet de pouvoir faire entendre comme témoins le notaire qui l'a reçu et les témoins instrumentaires.*

353. *Les tribunaux peuvent, selon les circonstances de la cause, voir un commencement de preuve par écrit dans le billet ou la promesse unilatérale non faite suivant le prescrit de l'art. 1326.*

354. *Un acte qui n'exprime pas la cause de la dette peut aussi servir de commencement de preuve par écrit.*

355. *Texte de l'art. 1348, relatif à divers cas où la preuve par témoins est reçue quoiqu'il s'agisse de plus de 150 francs.*

356. *Elle est reçue dans les cas du quasi-contrat de gestion d'affaires ou d'administration d'une chose commune.*

357. *Modification cependant pour le cas où l'affaire gérée sans mandat, l'a été au vu du maître, ou que, gérée en son absence, il en avait connaissance et pouvait exiger un acte.*

358. *Celui qui prétend avoir fait un payement indûment, dont il réclame la restitution, doit le prouver selon les règles ordinaires sur les preuves, quoiqu'il y ait cependant quasi-contrat aussi dans ce cas.*

359. *Les fautes commises dans l'exécution des contrats peuvent généralement se prouver par témoins, quoique l'indemnité réclamée à ce sujet s'élevât à plus de 150 fr.*

360. *Les faits de possession se prouvent aussi par témoins.*

361. *En certains cas l'état des personnes peut aussi se prouver par témoins.*

362. *Les délits et quasi-délits se prouvent pareillement par témoins.*

363. *Ainsi que les faits de mauvais traitement entre mari et femme, sur lesquels sont fondées les demandes en séparation de corps.*

364. *La preuve testimoniale est admise aussi au delà de 150 francs dans les cas de dépôts nécessaires, ou faits par les voyageurs dans les hôtelleries, le tout selon l'état et la qualité des personnes.*

365. *Suite.*

366. *Il faut au surplus que le voyageur dont les effets ont été perdus, volés ou détériorés, n'ait point de faute à se reprocher.*

367. *La preuve testimoniale est admise aussi au delà de 150 francs pour établir les obligations contractées dans des cas d'accidents imprévus, où il n'a pas été possible aux parties de faire un acte.*

368. *Ainsi que dans ceux où la partie a perdu ses titres ou quittances par suite d'un*

événement imprévu et résultant d'une force majeure.

369. *Et dans celui où j'ai perdu ou qu'il m'a été volé un objet mobilier dont j'exerce la revendication dans les trois ans à compter du jour de la perte ou du vol.*

Art. Ier.

Exception en matière de commerce.

340. Une première exception aux règles ci-dessus, est en matière de commerce : « Le tout, » dit l'article 1341 lui-même, sans préjudice » de ce qui est prescrit dans les lois relatives » au commerce. »

Et l'article 109 du Code de commerce porte que, « Les achats et les ventes se constatent.... » par la preuve testimoniale, dans le cas où le » tribunal croira devoir l'admettre. »

341. Ce qui ne veut toutefois pas dire que le tribunal pourrait se refuser à admettre la preuve dans les cas où la valeur de l'objet n'excéderait pas 150 fr., mais seulement qu'il pourrait l'admettre ou la rejeter, selon les circonstances, dans ceux où cette valeur excéderait cette somme. Il est clair, en effet, que si les lois sur le commerce modifient le droit civil, c'est par extension de la faculté accordée d'accueillir la preuve par témoins, et non pour restreindre le droit qui appartient à toute partie d'après le droit commun : « sans rien innover » pour ce regard en ce qui s'observe en la jus- » tice des juges et consuls des marchands, » disait l'article 2 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, parce que généralement celle de Moulins n'avait pas été appliquée aux matières commerciales. Or, avant celle-ci, la preuve par témoins, en toute matière, était de droit commun (1).

Voyez toutefois, quant aux contrats de louage d'un navire, de prêt à la grosse, et d'assurance, ce qui a été dit *suprà*, n° 305.

Art. II.

Exception lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit.

342. Une seconde exception est celle qui est consacrée par l'article 1347, ainsi conçu :

« Les règles ci-dessus reçoivent exception » lorsqu'il existe un commencement de preuve » par écrit.

» On appelle ainsi tout acte par écrit qui est » émané de celui contre lequel la demande est » formée, ou de celui qu'il représente, et qui » rend vraisemblable le fait allégué. »

Ces mots, « de celui contre lequel *la de-* » *mande est formée,* » doivent toutefois être entendus, non pas de la demande principale, mais de la demande à fins de preuve; car il est clair que si c'est le défendeur qui veut, par exemple, prouver un payement par témoins, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, l'acte qui le lui fournira devra, au contraire, émaner du demandeur, ou de celui qu'il représente. Il faut que l'acte émane de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, parce que ce ne peut guère être que par là qu'il rendra vraisemblable le fait allégué. Si c'était d'un tiers ou du demandeur qu'il émanât, il ne prouverait rien : ce serait tout au plus, dans le premier cas, le témoignage d'un tiers, et un témoignage rendu sans les garanties exigées par la loi; et dans le second cas, ce serait moins encore, attendu qu'une personne ne peut se faire un titre à elle-même.

343. Cependant les articles 1320, 1335 nos 2 et 3, et 1336, nous offrent des exemples d'actes qui peuvent, et même généralement doivent servir de commencement de preuve par écrit, quoiqu'ils n'émanent évidemment point de celui à qui on les oppose comme tels, ni de son auteur; mais ce sont des cas d'exception (2).

(1) * La preuve par témoins est généralement admise en matière commerciale, lorsque la loi ne l'a pas expressément exclue. (Brux., cass., 12 février 1822; 14 mai 1833; 31 mars 1834; Bordeaux, 15 mai 1825; J. de B., 1825, 1, 350; Bull. de cass., 1833, 241; 1834, 312; Sirey, 25. 289; Horson, 1, 551, *Quest.* 46.)

(2) * Les expressions de la loi ne doivent pas être regardées comme limitatives. Ainsi on peut considérer

344. Et même, outre cette condition, que l'acte, en principe, doit émaner de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, il est laissé à la sagesse du juge de voir si l'acte présenté comme commencement de preuve par écrit réunit les caractères qui doivent le faire admettre comme tel : s'il rend *vraisemblable* le fait allégué; en sorte que sa décision à cet égard pourrait bien être réformée en appel comme un *mal jugé*, mais généralement elle échapperait à la censure de la cour de cassation.

Et, ainsi que nous l'avons dit plus haut, n° 189, cette cour l'a même décidé de la sorte, en principe, par son arrêt du 30 janvier 1807, pour tout acte invoqué comme tel, ce qui s'appliquerait par conséquent aussi à ceux que la loi, dans telle ou telle de ses dispositions, déclare *pouvoir* servir de commencement de preuve par écrit.

A cet égard nous modifions la décision que nous avions portée au n° 1403 (t. IV) de notre *Traité des contrats*, où nous disions d'une manière trop générale que, lorsque la loi, par une disposition spéciale, a défini les caractères d'un acte pour qu'il puisse valoir comme commencement de preuve par écrit, il ne dépend pas du juge de le rejeter, sans exposer sa décision à la censure; et nous donnions à ce sujet l'exemple du commencement de preuve par écrit qui peut résulter du concours des circonstances prévues à l'art. 1336. Mais c'était mal à propos que nous disions que la transcription d'un acte sur les registres publics, avec la réunion des deux circonstances ou conditions exprimées à cet article, *fait* un commencement de preuve par écrit; car cet article dit simplement que la transcription, avec ces circonstances réunies, *ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit*; ce qui est bien différent.

Dans les art. 1320 et 1335 n°s 2 et 3, la loi dit aussi que l'acte *ne pourra* servir que de commencement de preuve par écrit, et non pas qu'il *servira* de commencement de preuve par écrit : d'où il paraît résulter que c'est un point laissé à la sagesse du juge, parce qu'en effet les circonstances de la cause peuvent être telles que la pièce ne présente point les caractères qui rendent vraisemblable le fait allégué ; et c'est une condition essentielle, c'est même la condition unique en dernière analyse, pour qu'un acte doive être admis comme commencement de preuve : aussi faut-il généralement pour cela qu'il émane de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur.

345. Il est impossible de prévoir tous les cas où un acte peut servir de commencement de preuve, car les circonstances varient à l'infini. Nous nous bornerons à rapporter quelques exemples, d'après Boiceau, Danty son commentateur, et Pothier, en faisant les remarques qui nous paraîtront utiles.

« Vous m'assignez, dit Boiceau, en délaissement d'un fonds dont je suis en possession; j'excipe que vous me l'avez vendu et que je vous en ai payé le prix. Je n'en ai d'autre preuve qu'un écrit signé de vous, par lequel vous m'avez promis de me le vendre pour un certain prix : cet acte ne prouve pas la vente, et encore moins le payement du prix; mais, joint à la possession en laquelle je me trouve de l'héritage, il forme un commencement de preuve suffisant pour me faire admettre à la preuve par témoins de la vente. » (Boiceau, 2, 10.)

La promesse de vente vaut en effet vente, et nous avons vu précédemment (n° 147) qu'il peut y avoir valable promesse de vendre ou d'acheter, sans réciprocité, auquel cas il n'est pas nécessaire que l'acte sous seing privé soit fait en double original. Mais, en admettant qu'on dût considérer celle dont il s'agit ici comme emportant réciprocité, l'exécution qui y a été donnée par la livraison qui m'a été faite de la possession, couvre, ainsi qu'on l'a vu plus haut (n°s 160 et 161), le vice résultant de ce que l'acte aurait été fait simple, ou, ce qui revient généralement au même, le défaut de mention du nombre des originaux qui auraient dû être faits; en sorte qu'il ne s'agit que de la preuve de la convention, et, comme le

comme commencement de preuve, des écrits non émanés de celui à qui on les oppose, mais qu'il s'est en quelque sorte rendus propres en en faisant lui-même usage. (Brux., 15 février 1825; J. de B., 1825, 1, 365; J. du 19e s., 1825, 3, 59, et 1830, 1, 394; Merlin, *Quest.* 3, 328.)

dit Boiceau, cet acte, joint à la possession en laquelle je suis de l'héritage, forme un commencement de preuve suffisant pour me faire admettre à la preuve par témoins de la vente, car il la rend vraisemblable.

Mais rend-il vraisemblable le payement du prix, de manière que je puisse m'en servir comme d'un commencement de preuve par écrit pour le prouver aussi par témoins? Boiceau ne s'en explique pas, et nous croyons qu'on doit décider la négative. Le payement du prix, surtout dans les ventes d'immeubles, est généralement un fait distinct de celui de la vente, un fait que la vente ne suppose point nécessairement, un fait généralement postérieur, qui par conséquent a besoin d'être prouvé lui-même : or, l'acte portant promesse de vendre, ne rend point vraisemblable ce payement; il n'en exclut pas sans doute la supposition, mais il ne la renferme pas non plus virtuellement, puisqu'il a pu être accordé un terme à l'acheteur.

346. Un second exemple que donne Boiceau est celui-ci : Je vous demande 200 livres pour le prix de certaines marchandises que je vous ai livrées; je n'ai d'autre preuve que votre billet, qui porte : *Je promets payer à M. un tel la somme de 200 liv., pour le prix de telles marchandises qu'il me livrera.* Ce n'est point une preuve complète de ma créance, puisque le billet ne prouve pas que j'ai livré les marchandises; mais c'est un commencement de preuve qui doit me faire admettre à la preuve testimoniale de la livraison. C'est aussi le sentiment de Danty.

347. Voici un troisième cas. Vous m'avez adressé une lettre par laquelle vous me priez de compter à telle personne, par exemple à votre fils, porteur de la présente, une somme de 300 francs; j'ai omis de retirer un reçu de lui, mais j'ai compté la somme devant témoins, et j'ai conservé la lettre. Assigné en payement, vous niez me devoir la somme : la lettre ne fait pas, il est vrai, preuve complète que je l'ai comptée, mais elle rend ce fait vraisemblable, et elle doit me faire admettre à la preuve testimoniale.

Si je n'avais pu ou voulu compter la somme à la personne indiquée, et que cette personne se fût adressée à un tiers, la lettre serait pour celui-ci une preuve moins forte qu'elle n'eût été pour moi, si je l'avais gardée; néanmoins elle rendrait encore vraisemblable le fait allégué par le tiers, et elle devrait en conséquence le faire admettre à la preuve par témoins qu'il a compté la somme. Danty (II, 2, 11.)

Si la personne à qui elle a été comptée devait m'en faire raison à son tour, faute par vous, dit Pothier, d'en avoir tiré un reçu, vous ne devriez pas être admis à la preuve testimoniale contre moi, attendu qu'en vous accordant que vous avez compté la somme, vous seriez non recevable à m'en demander le payement, pour avoir négligé de retirer une preuve écrite qui m'était nécessaire pour pouvoir la répéter. Mais l'on sent que le point de savoir si vous avez dû juger que cette personne devait ensuite me faire compte de la somme, dépendrait des circonstances de l'affaire, notamment des rapports qui existaient entre elle et moi; ce serait une simple question de responsabilité des fautes en matière de mandat, parce qu'en effet il s'agirait d'un véritable mandat.

348. Danty (II, 4, 3) dit : Si j'ai prêté une somme d'argent à un mineur, dont je lui demande ensuite le payement, prétendant qu'elle a tourné à son profit, le billet que j'ai de lui, quoique régulièrement fait, ne doit pas être un commencement de preuve suffisant pour me faire admettre à la preuve par témoins qu'il a utilement employé la somme, car ce serait donner faculté aux usuriers de prêter de l'argent aux mineurs et de le répéter, en supposant de faux témoins qui déposeraient de l'emploi.

A cette raison, qui est très-bonne, on peut ajouter que le billet ne prouverait que le prêt, du moins généralement, et non l'emploi des deniers, qui est un fait subséquent; or il ne suffit pas, dans l'espèce, que le prêt soit prouvé, il n'est d'ailleurs pas nié; il faut aussi que le prêteur justifie du bon emploi de la somme qu'il a comptée au mineur, parce que l'argent compté à un mineur est présumé livré *perdituro* (art. 1312); et le billet ne rendant même

pas vraisemblable ce bon emploi, il ne peut servir de commencement de preuve par écrit.

349. Le même auteur cite un arrêt, rapporté par Chassanée, qui a jugé qu'un écrit ainsi conçu : *Je vous satisferai sur ce que vous savez,* était un commencement de preuve par écrit suffisant pour faire admettre la preuve par témoins, sur la demande en restitution d'un dépôt d'une somme de 1,000 liv., que le demandeur prétendait avoir fait entre les mains de l'auteur de cet écrit.

L'on ne peut pas dire assurément que l'arrêt a été bien ou mal rendu, car le degré de force d'un écrit présenté comme commencement de preuve est laissé à la sagesse du juge, qui l'apprécie suivant les circonstances de l'affaire, et qui voit d'après cela si cet écrit rend *vraisemblable* le fait allégué. D'ailleurs, si le défendeur n'a pu donner aucune explication satisfaisante de la cause de cet écrit, les juges ont dû naturellement être portés à croire qu'il se référait en effet à la chose demandée. Mais ce qu'on doit dire, c'est que si la somme demandée était très-considérable, ce qui s'estimerait aussi en raison de l'état des parties et de la fortune du demandeur, le juge ne devrait pas trop facilement avoir égard à un écrit conçu dans des termes aussi vagues, pour admettre la preuve testimoniale, surtout si le défendeur en expliquait avec vraisemblance la cause, comme étant d'une dette qui a été soldée, sans qu'il ait songé à retirer la lettre ou autre pièce dans laquelle se trouveraient ces mots: *Je vous satisferai sur ce que vous savez,* ou comme étant d'une dette qu'il avouerait exister encore, mais d'une valeur bien moins considérable que celle dont on lui demanderait le payement.

350. A plus forte raison, une quittance écrite de la main du créancier, non signée (1), dont le débiteur se trouve avoir la possession, est-elle un commencement de preuve par écrit du payement, et doit-elle faire admettre la preuve par témoins. (Danty, II, 1,7.) Mais il faut pour cela, dit cet auteur, que la dette en l'acquit de laquelle le payement est fait soit exprimée dans cette quittance; un reçu vague, non signé, ne ferait même pas un commencement de preuve par écrit.

Toutefois comme on l'a vu plus haut (2), si la quittance, quoique non signée, était écrite sur le journal du créancier, ou au dos, en marge ou à la suite de la promesse, ou bien au dos, en marge ou à la suite d'une quittance régulière qui se trouverait en la possession du débiteur, elle ferait même preuve complète.

351. Suivant les principes que nous avons exposés, le commencement de preuve par écrit ne peut, hormis les cas exceptés par la loi, résulter que d'un acte émané de celui à qui on l'oppose comme tel, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué; en sorte que s'il émane d'un tiers; il ne peut avoir plus de force que n'en aurait sa déposition comme témoin; et il en a même beaucoup moins, puisqu'il n'est pas environné des garanties dont est environnée une déposition, telle que le serment, etc. Or, comme la déposition d'un témoin, dans les cas où la loi n'admet pas la preuve testimoniale, ne justifierait pas l'audition d'autres témoins; par la même raison un écrit émané d'un tiers ne doit être d'aucune considération pour admettre la déposition soit de ce tiers soit d'autres personnes.

C'est d'après ce principe que Pothier décide que la reconnaissance faite par une veuve, même dans l'inventaire de la communauté, d'une dette de cette communauté, ne peut être opposée aux héritiers du mari comme un commencement de preuve par écrit pour la part qui leur est demandée; que celle qui est faite par un des héritiers ne peut être opposée à ses cohéritiers pour leur part dans la dette, etc., etc. Cependant Vrevin, sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, rapporte un arrêt qui a jugé le contraire dans la première espèce. Mais Pothier fait observer que cet arrêt a été rendu dans un temps où l'on n'était pas encore bien accoutumé à la disposition de l'ordonnance, qui, considérée alors comme contraire au droit commun, semblait ne pouvoir être trop restreinte, du moins suivant l'opinion générale.

(1) Car si elle était signée, elle ferait pleine preuve.

(2) Nos 204 et suivants, et nos 212 et suiv.

352. L'acte authentique nul par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public, ou par un défaut de forme, et qui ne vaut pas non plus comme écriture privée, faute d'avoir été signé par toutes les parties, s'il s'agit d'un acte contenant des conventions synallagmatiques, ou par la partie seule obligée, s'il s'agit d'une obligation unilatérale, ne peut servir de commencement de preuve par écrit (1), même à l'effet d'autoriser l'audition du notaire et des témoins instrumentaires; car le notaire, dans l'un ou l'autre de ces cas, doit être considéré comme personne privée, la loi ne le considérant comme personne publique que lorsqu'il est compétent, capable, et qu'il se conforme, en outre, aux formalités dont elle lui a prescrit l'observation. Hors de là, l'acte qu'il a reçu est généralement considéré comme un écrit émané d'un simple particulier, et par conséquent il ne peut servir de commencement de preuve par écrit dès qu'il n'émane point de celui à qui on l'oppose comme tel, ou de son auteur.

S'il contenait simplement une promesse de payer telle somme, ou une reconnaissance de dette, et qu'il fût signé du débiteur, il ferait pleine preuve, suivant ce qui a été dit plus haut, n° 73.

S'il contenait des conventions synallagmatiques, et qu'il fût seulement signé de l'une des parties, il ne vaudrait seulement pas comme commencement de preuve par écrit, même au profit de l'autre partie, attendu que le signataire ne pourrait s'en servir à ce titre contre le non-signataire. Or, l'acte dont il s'agit ne serait réputé qu'acte privé, et, d'après ce que nous avons dit en expliquant l'art. 1325 (2), lorsque l'acte sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques n'est pas fait conformément aux dispositions de cet article, il ne vaut même pas comme commencement de preuve par écrit, attendu que la loi veut égalité de position et de moyens de preuve dans ceux qui forment des conventions synallagmatiques, ce qui ne pourrait se dire si l'un d'eux pouvait invoquer un acte propre à faire admettre la preuve testimoniale, tandis que l'autre serait privé de cet avantage.

353. Mais dans le cas d'une promesse unilatérale non faite suivant le vœu de l'art. 1326, il en peut être autrement; l'acte, ainsi que nous l'avons dit *suprà*, n° 189, peut, suivant les circonstances de la cause, être admis à titre de commencement de preuve par écrit. Comme c'est un point que nous avons discuté avec étendue, en citant divers arrêts pour ou contre cette décision, nous nous bornerons ici à la rappeler.

354. Enfin, lorsqu'un acte n'exprime pas la cause de la dette, qu'il ne porte pas non plus la reconnaissance *de devoir*, et que ce n'est point un billet souscrit par un commerçant, la preuve que l'obligation a une cause est bien à la charge du demandeur, selon ce qui a été démontré au tome X, n°s 332 et suivants, mais aussi, comme on l'a dit au même endroit, il peut du moins servir de commencement de preuve par écrit, parce qu'il rend vraisemblable le fait allégué.

Art. III.

Lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui, ou qu'il a perdu par un cas fortuit celle qu'il avait.

355. Cette exception s'applique, dit l'article 1348 :

« 1° Aux obligations qui naissent des quasi-» contrats et des délits ou quasi-délits;

» 2° Aux dépôts nécessaires faits en cas » d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à » ceux faits par les voyageurs en logeant dans » une hôtellerie, le tout suivant la qualité des » personnes et les circonstances du fait;

» 3° Aux obligations contractées en cas d'ac-» cidents imprévus, où l'on ne pourrait pas » avoir fait des actes par écrit;

» 4° Au cas où le créancier a perdu le titre

(1) * Solon, n° 18; Liége, 9 juillet 1812; Dalloz, 21, n° 732.

(2) Voyez *suprà*, n° 164.

» qui lui servait de preuve littérale, par suite » d'un cas forfuit, imprévu et résultant d'une » force majeure. »

Analysons chacune de ces dispositions en particulier.

356. *Premier cas:* Je puis prouver par témoins que vous avez géré mes biens en mon absence, que vous avez fait la moisson, la vendange, et en conséquence vous demander la restitution des produits en nature ou en argent; je puis prouver de la même manière que vous avez mal géré, dégradé ou laissé dégrader telle chose par votre faute; et, en sens inverse, vous pourrez prouver par témoins que vous avez fait telle dépense dans votre gestion.

Et cela s'applique aussi au cas où une chose est commune entre deux ou plusieurs personnes, par exemple à raison d'un legs qui leur en a été fait, ou comme faisant partie d'une succession qui leur est échue : si l'une d'elles a perçu des fruits sur cette chose, ou y a commis quelque dégradation; ou bien, *vice versâ*, si elle a fait quelque dépense pour sa conservation ou amélioration, la preuve par témoins de ces faits pourra également être administrée, encore qu'il n'y eût aucun commencement de preuve par écrit. C'est là aussi une sorte de quasi-contrat, quoique le Code, au titre *des engagements qui se forment sans convention,* paraisse ne reconnaître que deux sortes de quasi-contrats, celui de la gestion des affaires d'autrui sans mandat, et celui résultant du payement fait par erreur d'une chose qui n'était pas due (1).

357. Toutefois, comme aujourd'hui, d'après l'art. 1372, il y a également quasi-contrat de gestion d'affaires, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore (tandis que dans les anciens principes, il y aurait eu mandat, *mandatum tacitum,* dans la première hypothèse), il importe, quant à la preuve testimoniale, de distinguer entre le cas où le propriétaire a connu la gestion et a pu s'y opposer, et le cas contraire : dans le premier, il ne devrait généralement pas être admis à la preuve testimoniale pour une demande au delà de 150 fr., puisqu'il ne pourrait dire *qu'il ne lui pas été possible de se procurer une preuve écrite de l'obligation qui a été contractée envers lui,* motif sur lequel est fondée l'exception que nous expliquons maintenant. Et, *vice versâ,* celui qui aurait géré l'affaire, ne pourrait non plus prétendre à la preuve par témoins au delà de cette somme, puisqu'il pouvait retirer une preuve écrite. *

Cela serait également applicable aux autres cas qui ont de l'analogie avec le quasi-contrat de gestion d'affaires proprement dit, comme l'administration d'une chose commune.

Les circonstances de l'affaire pourraient au surplus faire modifier ces décisions, mais elles sont vraies en général : il y aura principalement à examiner si la partie qui a connu la gestion lorsqu'elle a été commencée, parce qu'elle en était avertie, était ou non sur les lieux où l'affaire a été faite.

358. De plus, quoique, d'après le Code lui-même, le payement fait par erreur d'une chose qui n'était pas due soit un quasi-contrat, néanmoins il est clair que celui qui agirait en répétition, sur le fondement qu'il ne devait pas ce qu'il a payé, ne pourrait, sans commencement de preuve par écrit, prouver par témoins qu'il a fait un payement excédant 150 fr., car, pour avoir payé indûment, il faut avoir payé, et il a dû retirer une quittance. Rien ne lui était plus facile que de se procurer une preuve littérale du fait qu'il allègue.

359. Quant aux fautes commises dans l'exécution des contrats, elles peuvent généralement se prouver par témoins, quoique l'indemnité à ce sujet s'élevât à plus de 150 fr. La plupart du temps ce sont de simples faits dont celui qui en souffre n'a pu avoir une preuve écrite.

(1) Tome X, nº 227; aux Institutes de Justinien, le titre *de obligat. quæ quasi ex contractu;* et Heineccius, *Elementa juris, hoc tit.*

* L'usage de ne pas se procurer une preuve écrite suffit pour qu'il y ait impossibilité dans le sens de l'article 1348, et que la preuve testimoniale soit admissible. (Liége, 27 juillet 1824; Rec., 8, 288; Paris, 9 avril 1821; Sirey, 22, 166; Brux., 2 août 1837; J. de B., 1838, 162. — *Contrà*, Gand, 9 mars 1838; J. de B., 1838, 85.)

Ainsi, par exemple, dans le cas où le vendeur de tel objet alléguerait pour sa libération que la chose a péri par suite d'un accident de force majeure, *puta* par suite d'un incendie, l'acheteur serait admis à prouver par témoins que l'incendie a été occasionné par la faute ou le fait du vendeur.

Ainsi encore, le preneur d'un cheptel simple doit les soins d'un bon père de famille à la conservation du cheptel (1806) : il n'est tenu du cas fortuit que lorsqu'il a été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée (1807) ; et, en cas de contestation, le preneur doit prouver le cas fortuit, et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur (1808) : or, chacun d'eux peut faire la preuve par témoins.

360. Les faits de possession se prouvent aussi par témoins, soit qu'il s'agisse de simples actions possessoires, soit qu'il s'agisse de prescription de la propriété ou d'une servitude (1). A plus forte raison les troubles de possession peuvent-ils se prouver de la même manière, puisque généralement ils contituent des quasi-délits, et même très-souvent des délits.

361. En certains cas l'état des personnes peut même se prouver par témoins. (Art. 320 analysé, et 323.) Voyez ce que nous avons dit, à cet égard, au titre *de la paternité et de la filiation*, tome III (2).

362. Quant aux délits et quasi-délits, notre article est positif : la preuve testimoniale est admise pour les établir, quelle que soit la valeur de la somme demandée à titre de dommages-intérêts, et cela, soit que l'action soit portée devant les tribunaux civils, soit que le fait ait été déféré aux tribunaux criminels, correctionnels ou de simple police. La loi ne distingue pas, et l'art. 3 du Code d'instruction criminelle porte que l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique ; qu'elle peut l'être aussi séparément, mais que dans ce cas l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été définitivement prononcé sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile.

363. Les faits de mauvais traitements entre mari et femme, sur lesquels sont fondées les demandes en séparation de corps, peuvent donc être prouvés par témoins, puisqu'il n'a pas dépendu de celui qui demande à en justifier d'en avoir une preuve écrite.

364. Le *deuxième cas* est celui de dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et de dépôts faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.

La première chose à prouver par le demandeur, si elle est contestée par le défendeur, c'est le fait d'incendie, de ruine, de tumulte ou de naufrage, ensuite que c'est bien dans ces circonstances mêmes que le dépôt a été fait, que les objets réclamés ne pouvaient guère être sauvés autrement, et enfin le dépôt : car, pour pouvoir invoquer une exception au principe posé par la loi, il faut justifier que l'on est dans le cas qu'elle a elle-même prévu pour cette exception. Et le juge prend aussi en très-grande considération la qualité du demandeur, ainsi que toutes les circonstances de la cause. Si, en effet, un homme notoirement connu pour être dans l'indigence ou dans un état voisin de la pauvreté, ou qui avait subi des saisies peu de jours avant l'événement dont il s'agirait, prétendait que dans l'incendie de sa maison il a transporté chez son voisin des objets d'une valeur considérable, et hors de proportion avec les moyens qu'on lui supposait généralement, il ne devrait pas être écouté dans sa demande à fins de preuve testimoniale. Il serait encore bien moins digne d'être écouté, si, dans un incendie qui a détruit toute une rue, son habitation n'avait été atteinte que

(1) * Brux., cass., 24 juin 1824 ; J. de B., 1824, 1, 237 ; Dalloz, 22, 367.

(2) * L'art. 46 du Code civil n'est que démonstratif : il n'exclut pas la preuve testimoniale, lorsqu'il s'agit de réparer une omission sur les registres de l'état civil, sauf aux juges à n'en user qu'avec la plus grande réserve. (Brux., 9 avril 1832.)

l'une des dernières par les flammes, de manière qu'il avait le temps de transporter les effets qu'il réclame chez un de ses parents ou quelque ami dont la demeure n'était point éloignée. Il faut prendre garde que des fripons n'exploitent les incendies ou autres événements malheureux.

365. On assimile aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ceux qui sont faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, parce qu'en effet un voyageur est obligé de se fier à l'aubergiste quant aux objets qu'il a avec lui : il ne peut pas s'en séparer.

Mais comme cette raison n'est point applicable à un domicilié qui aurait fait un dépôt entre les mains de l'aubergiste, ce dépôt serait un dépôt volontaire, et régi, quant à la preuve, comme les dépôts de cette sorte. Sous le nom de *voyageurs* l'on ne comprend toutefois pas seulement les personnes qui sont en voyage, qui vont d'un lieu à un autre, on comprend aussi les personnes des lieux circonvoisins qui viennent à la ville pour faire leurs affaires, par exemple un jour de foire ou de marché, et qui s'en retournent le plus souvent le même jour. Elles sont également obligées de déposer leurs chevaux, leurs manteaux, et quelquefois même des sacs d'argent, pour aller faire plus librement leurs affaires dans la ville, et elles ne peuvent retirer un reçu des objets qu'elles laissent dans l'hôtellerie : ce n'est pas l'usage, et l'hôte ne pourrait suffire à délivrer de pareils reçus.

366. Il faut, au surplus, que le voyageur dont les effets ont été perdus ou volés ou détériorés, n'ait point de faute à se reprocher. Ainsi, il ne doit pas les laisser dans une cour ou dans une remise, ni dans une salle ouverte à tout le monde; il doit, au contraire, les remettre dans les mains de ceux qui sont préposés pour les recevoir ; son cheval au garçon d'écurie; son porte-manteau ou sa valise au domestique de service, et s'il ne prend point une chambre, il doit généralement remettre en main propre de l'hôte ou de sa femme, l'argent ou autre chose précieuse qu'il convient de mettre en sureté. Car celui qui place ses effets au premier endroit venu de l'hôtellerie, sans en prévenir le maître de la maison ou ses préposés, doit s'imputer son imprudence et son incurie. La cour de Paris a jugé, le 2 avril 1811 (1), que le logeur n'était pas responsable de la perte alléguée d'effets précieux qui n'avaient été ni vérifiés ni montrés; d'autant mieux que dans l'espèce il y avait dans la chambre assignée au voyageur une armoire fermant à clef dont il n'avait pas faite usage.

Et quant à la valeur réelle du dépôt prétendu, il est aussi laissé au pouvoir du juge d'en apprécier la vraisemblance, suivant la qualité du demandeur et les circonstances de la cause. On croira difficilement en effet qu'un homme, par exemple, qui voyage à pied, vêtu comme le sont les personnes des dernières classes du peuple, a remis à l'hôte des objets d'une grande valeur, lorsqu'il ne justifierait pas qu'il n'est qu'un simple commissionnaire chargé de les porter à telle personne.

Du reste les aubergistes répondent du fait de leurs domestiques et autres personnes qu'ils emploient, ainsi que du fait de leurs enfants mineurs habitant avec eux.

Et quant aux entrepreneurs de voitures publiques, ils répondent non-seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt pour être placé dans leur bâtiment ou voiture(2). (Art. 1783.)

Des règlements particuliers font la loi entre eux et les autres citoyens. (Art. 1786.) Ce n'est pas le moment d'en développer les dispositions.

367. *Troisième cas :* celui d'obligations contractées lors d'accidents imprévus, où l'on n'a pas pu faire un acte par écrit, indépendamment des dépôts faits en cas d'incendie, ruine, tumulte, inondation ou naufrage, qui se trou-

(1) Sirey, 16, 2, 100 ; Dalloz, 9, 78.

(2) * La preuve que des effets ont été remis à une messagerie, peut, à défaut d'enregistrement, être faite par témoins. (Gand, 31 mai 1833; J. de B., 1838, 286; / . Sirey, 1833. 1, 705.)

vent évidemment compris dans ce même cas.

Ainsi, un individu poursuivi comme prévenu d'un crime, et qui cherche à se soustraire à une ordonnance de prise de corps, emprunte d'une personne, au moment de son départ, une certaine somme excédant 150 francs, devant témoins : si, sur la demande en payement formée contre lui, lors de son retour, il nie le prêt, ou si, étant venu à mourir, ses héritiers refusent de le reconnaître, la preuve testimoniale pourra être admise.

Pareillement, si, immédiatement après la perte d'une bataille, un officier, partageant ses ressources avec un camarade, un ami, qui doit suivre une autre direction, lui prête une somme de 600 fr., par exemple, ou un cheval, etc., et que l'emprunteur soit venu à périr dans la retraite, en un mot avant d'avoir rendu la chose prêtée, la preuve testimoniale pourra être reçue sur la demande qui sera formée contre ses héritiers, dans le cas où ils se refuseraient à rembourser le prêt, prétendant n'en avoir point connaissance. Car les circonstances dans lesquelles il a eu lieu n'ont pas permis de faire un acte par écrit.

On pourrait facilement multiplier les exemples : ceux-là suffisent; mais il ne faut pas perdre de vue que l'événement imprévu dans lequel on prétendra que le contrat a eu lieu devra d'abord être prouvé, en cas de contestation, et que le juge, comme en matière de dépôts faits en cas d'incendie, de ruine, tumulte ou naufrage, ou faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, devra prendre en considération la qualité des parties, ainsi que toutes les circonstances du fait; examiner surtout si, à raison de la nature de ces mêmes circonstances, il était ou non possible de faire un acte par écrit. Tel est l'esprit de la loi.

368. Le *quatrième cas* est celui où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, ou le débiteur celui qui lui servait de décharge, par suite d'un événement imprévu résultant d'une force majeure : comme si dans l'incendie ou le pillage de ma maison, j'ai perdu mes papiers, parmi lesquels étaient les billets de mes débiteurs ou les quittances de mes créanciers : à quelque somme que puisse monter ces billets ou ces quittances, je devrai être admis à faire entendre des témoins qui déposeront les avoir vus entre mes mains avant l'incendie ou le pillage, en avoir lu le contenu, y avoir reconnu la signature de mes débiteurs ou de mes créanciers, et bien se souvenir de la teneur de ces actes (1).

369. Par les mêmes motifs, si j'ai perdu un objet mobilier, ou si cet objet m'a été volé, je puis, pour exercer contre un tiers l'action en revendication, qui me compète pendant trois ans dans ces cas (art. 2279), prouver par témoins le fait de la perte ou du vol; mais sous l'obligation exprimée dans l'art. 2280.

§ IV.

De la déposition des témoins, des causes de reproches et de l'appréciation des dépositions.

SOMMAIRE.

370. *Comment se forme la demande à fins de preuve par témoins dans les affaires ordinaires.*
371. *Ce que doit contenir le jugement qui admet la preuve.*
372. *La preuve contraire est de droit.*
373. *Comment on procède à cet égard dans les affaires sommaires.*
374. *Causes générales pour lesquelles les témoins peuvent être reprochés.*
375. *Peuvent l'être, pour soupçon de partialité, les parents, ou alliés aux degrés déterminés par la loi.*
376. *Et le témoin héritier présomptif ou donataire de l'une des parties, les serviteurs et domestiques, et quelques autres personnes.*
377. *Disposition de l'ordonnance de 1677, relative aux serviteurs et domestiques.*
378. *Qui doit-on comprendre sous les noms de* serviteurs *et* domestiques.
379. *En matière de séparation de corps, les parents et alliés et les domestiques des*

(1) * Toullier, 9, nos 206 et 207; Merlin, *Quest.*, vo *Preuve*; Rolland, nos 117 et suivants.

parties ne sont pas reprochables du chef de ces qualités.

380. *L'avocat ou l'avoué de l'une des parties est reprochable dans la cause qu'il défend.*

381. *Il en est de même du tuteur de l'une des parties.*

382. Quid *de l'inimitié entre le témoin et l'une des parties?*

383. *Peut être reproché, pour cause de subornation, le témoin qui a bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis le jugement qui a ordonné l'enquête.*

384. *Le témoin auquel la partie a rédigé un projet de déposition par écrit doit pouvoir être reproché.*

385. *Peuvent être reprochés, pour défaut de bonne réputation, les condamnés à une peine infamante, ou à une peine correctionnelle pour cause de vol ou d'escroquerie, et le témoin mis en état d'accusation.*

386. *Et pour défaut de raison, les insensés, les imbéciles, les furieux.*

387. *Les individus âgés de moins de quinze ans peuvent être entendus, sauf à avoir à leur déposition tel égard que de raison.*

388. *Les reproches doivent être proposés avant la déposition du témoin reproché, qui est tenu de s'expliquer sur le fait, et ils doivent être circonstanciés.*

389. *Si le fait est constaté, la preuve peut en être ordonnée.*

390. *Le témoin reproché est toutefois entendu dans sa déposition.*

391. *Les témoins sont entendus séparément, tant en présence qu'en l'absence des parties : formalité qui précède la déposition.*

392. *Si l'enquête est nulle par la faute du juge-commissaire, elle est recommencée, et à ses frais.*

393. *Si elle est nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier, elle n'est pas recommencée.*

394. *La nullité d'une ou de plusieurs dépositions n'entraîne point celle de l'enquête.*

395. *Ni le Code civil ni le Code de procédure ne déterminent l'effet que doit avoir la preuve testimoniale sur la décision du juge.*

396. *Le législateur s'est cependant formellement expliqué à ce sujet dans les causes soumises au jury, et par analogie on suit assez généralement la même règle dans les affaires de police correctionnelle.*

397. *Ancienne jurisprudence à cet égard.*

398. *Discussion du point de savoir si le juge peut se déterminer par une seule déposition, et s'il peut n'avoir aucun égard à plusieurs.*

399. *Suite et résolution.*

400. *Chaque fait ou chaque créance, s'il y en a plusieurs, doit être pleinement justifié aux yeux du juge.*

401. *Les frais des dépositions des témoins excédant le nombre de cinq sur le même fait, ne sont point passés en taxe.*

402. *La preuve contraire étant de droit, conséquence.*

403. *De la collision des témoignages dans l'ancienne jurisprudence, et dans le droit actuel.*

370. Il nous reste à parler de la déposition des témoins, des causes pour lesquelles on peut les reprocher, et de l'appréciation des dépositions.

D'abord, les faits dont une partie demande à faire preuve doivent être articulés (1) succinctement par un simple acte de conclusion, sans écritures ni requêtes.

Ils doivent également, par un simple acte, être déniés ou reconnus dans les trois jours, sinon ils peuvent être tenus pour confessés ou avérés. (Article 252, Code de procéd.)

Si les faits sont admissibles, et qu'ils soient déniés, et que la loi n'en défende pas la preuve, elle *peut* (2) être ordonnée. (Art. 253, *ibid.*)

Le tribunal peut aussi ordonner d'office la

(1) C'est-à-dire présentés non d'une manière générale, mais chacun séparément, *article par article.*

(2) Un arrêt de rejet, du 9 novembre 1814. (Dalloz, 21, 184; Sirey, 15, 1, 1), a jugé que c'était là une disposition facultative au tribunal, s'il a, par l'instruction du procès, des documents suffisants pour fixer son opinion; et en conséquence qu'il peut se refuser à autoriser la preuve testimoniale dans ce cas, quoique les faits fussent admissibles, pertinents, concluants, et que la loi n'en défendît pas la preuve. On s'est fondé sur ces mots : *elle*

preuve des faits qui lui paraîtraient concluants, si la loi ne le défend pas. (Art. 254, Cod. proc.)

371. Le jugement qui ordonne la preuve doit contenir :

1° Les faits à prouver ;

2° La nomination du juge devant qui l'enquête sera faite.

Si les témoins sont trop éloignés, il peut être ordonné que l'enquête sera faite devant un juge commis par un tribunal désigné à cet effet. (Art. 255, *ibid.*)

372. La preuve contraire est de droit : la preuve du demandeur et la preuve contraire doivent être commencées et terminées dans les délais fixés par les articles suivants. (Article 256, *ibid.*)

373. Telles sont les dispositions principales du Code de procédure pour arriver à l'audition des témoins dans les matières non sommaires ou ordinaires.

Il est dressé procès-verbal des enquêtes. (Article 259.)

Au contraire, dans les matières sommaires, le jugement qui ordonne l'enquête contient bien aussi les faits à prouver, mais sans qu'il soit besoin de les articuler préalablement; il fixe les jour et heure où les témoins seront entendus à l'audience (article 407, *ibid.*), et lorsque le jugement au fond n'est pas susceptible d'appel, il n'est point dressé de procès-verbal; il est seulement fait mention, dans le jugement, des noms des témoins et du résultat de leurs dépositions. (Art. 410, *ibid.*)

Les articles suivants tracent les autres formalités à observer dans les affaires sommaires.

374. Quant aux causes pour lesquelles les témoins peuvent être reprochés, ce sont les suivantes, et elles sont généralement renfermées dans l'une ou l'autre de ces circonstances : le soupçon de partialité, le soupçon de subornation, le défaut de bonne réputation, et le défaut de raison.

375. Ainsi peuvent être reprochés, pour *soupçon de partialié*, les parents ou alliés de l'une ou de l'autre des parties, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement; les parents et alliés des conjoints au degré ci-dessus, si le conjoint est vivant, ou si la partie ou le témoin en a des enfants vivants : en cas que le conjoint soit décédé, et s'il n'a pas laissé de descendants, peuvent être reprochés les parents et alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs (1). (Article 283, *ibid.*)

Le parent ou l'allié de l'une des parties, dans les cas ci-dessus, peut tout aussi bien être reproché par elle que par l'autre : l'art. 11 du titre XXII de l'ordonnance de 1667 portait : « Les parents et alliés des parties jusqu'aux » enfants des cousins issus de germain inclusi- » vement, ne pourront être témoins en matière » civile pour déposer en leur faveur, *ou contre* » *eux*, et seront leurs dépositions rejetées. » Si la parenté et l'alliance produisent généralement l'affection, d'un autre côté on n'a eu malheureusement que trop d'occasions d'observer que les haines nées entre des parents et des alliés sont plus vives et plus profondes qu'entre toutes autres personnes : *sunt apud concordes excitamenta charitatis*, observait M. Pussort au sujet des récusations pour cause de parenté, *inter iratos verò incitamenta odiorum* (2).

(la preuve) *pourra être ordonnée*. Cependant il faut prendre garde que ce refus ne dégénère, en quelque sorte, en un déni de justice.

(1) Cette règle n'est toutefois pas si absolue qu'elle ne reçoive quelques exceptions ; ainsi, 1° lorsqu'il s'agit de prouver l'âge, le décès ou l'état de quelqu'un, et que les registres sont perdus, alors on doit même faire entendre des parents, parce que ce sont eux qui sont ordinairement appelés aux actes de naissance, de mariage et de décès. (*Vide* L. 16. ff. *de probat.*; Mornac, sur la loi 7, Cod. *de integ. restit.*; et Jousse, sur l'art. 11 du tit. 22 de l'ord. de 1667.)

Il en est de même 1° lorsqu'il s'agit d'établir une parenté ou une alliance. (Thevenot, *sur les ordonnances*, liv. 3, tit. 13, art. 5.)

2° Lorsqu'il s'agit de vérifier un fait qui s'est passé dans le secret d'une famille, dont les étrangers n'ont pu avoir que peu de connaissance. (Le Prêtre, centurie 3, ch. 119.)

(2) * Le témoin qui est à la fois parent de l'une et de l'autre partie, à l'un des degrés déterminés par l'article 283 du Code de procédure civile, est aussi bien reprochable que celui qui n'est parent au même degré que de l'une ou de l'autre des parties. (Brux., 31 janvier 1829; J. de B., 1829, 1, 327; J. du 19e s., 1829, 3, 112; *V.* l'ar-

Et nul ne peut même être assigné comme témoin s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint, même divorcé. (Art. 268, Cod. proc.)

376. Peuvent aussi être reprochés pour soupçon de partialité, le témoin héritier présomptif ou donataire de l'une des parties, les serviteurs ou domestiques, et celui qui a donné des certificats sur les faits relatifs au procès. (Art. 283.) Le premier, en effet, est lié à la partie par l'intérêt ou la reconnaissance; les seconds sont dans sa dépendance; et le troisième est engagé par amour-propre à soutenir ce qu'il a déjà attesté par écrit.

Il ne nous semble toutefois pas que ces personnes soient, comme les parents ou alliés aux degrés déterminés par la loi, reprochables par l'une comme par l'autre partie : le motif n'est pas le même. Celle dont le témoin est héritier présomptif, par exemple, ne peut alléguer aucun soupçon tiré de cette cause contre son impartialité; et il en est de même si le témoin est son donataire. La dépendance du serviteur ou domestique ne peut être favorable qu'au maître, et c'est sur cette raison, et par argument de la loi 6 ff. *de testibus*, qui dit ; *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari ut testes fiant* (1), qu'on a fondé le droit de reprocher les serviteurs ou domestiques. Enfin la partie qui a obtenu des certificats sur des faits du procès n'a rien à redouter de cette circonstance, sauf à lui, si la déposition du témoin était contraire à l'attestation donnée dans les certificats, à en faire la remarque au juge, pour que la contradiction effaçât en tout ou partie l'effet de cette même déposition. Cependant il paraît que Pothier regardait la cause de reproche des témoins serviteurs et domestiques de l'une des parties, comme pouvant aussi être invoquée par l'autre, quoique moins facilement. « Les dépositions des serviteurs ou des » domestiques, dit cet auteur, sont *surtout* re» jetées, lorsqu'ils sont entendus *pour et à la* » *requête de leurs maîtres :* on cite à cet égard » la loi 6, ff. *de testib. : Idonei non videntur* » *testes, quibus imperari ut testes fiant.* » Jousse, sur l'art. 14 du titre XXII de l'ordonnance de 1667, admettait fort bien la déposition du domestique ou serviteur contre le maître, et il cite à l'appui de son sentiment celui de Guy-Pape, *quest.* n° 45.

377. Sous l'ordonnance de 1667, on rejetait bien ordinairement la déposition des serviteurs et domestiques de l'une ou de l'autre des parties, mais elle n'avait cependant pas fait défense de l'admettre, ainsi qu'elle l'avait fait à l'égard de celles des parents et des alliés aux degrés spécifiés ; elle s'était contentée d'ordonner qu'il serait fait mention dans la prémisse de chaque déposition, si le témoin était serviteur ou domestique des parties : d'où Pothier concluait qu'elle donnait à entendre par là qu'elle laissait à la prudence du juge d'y avoir égard, s'il le jugeait à propos, et de l'admettre ou de la rejeter, selon les différentes circonstances. C'était aussi l'interprétation de Jousse. Mais le Code de procédure disant que les serviteurs et domestiques *pourront être reprochés,* et ensuite, d'une manière générale, que la déposition du témoin reproché ne sera pas lue, si le reproche est admis (art. 291), c'est-à-dire si la cause en est fondée, il est clair qu'aujourd'hui les juges n'ont plus la faculté que Pothier leur reconnaissait sous l'ordonnance.

378. On appelle *serviteurs,* dit Pothier, des gens que nous avons à nos gages pour nous rendre tous les services que nous leur commandons de nous rendre, quoiqu'ils soient préposés principalement à une certaine espèce de services. On peut être ainsi serviteur sans être domestique; tels sont un jardinier ou un garde-chasse, qu'un homme domicilié en ville a dans ses terres. Ils ne sont pas proprement ses domestiques, puisqu'ils ne demeurent pas avec lui : aussi n'ont-ils pas son même domicile (art. 109, Cod. civ.); mais ils sont ses servi-

rêt de rejet du 23 juillet 1832; J. du 19e s., 1832. 3, 236.)

(1) Nous disons *par argument*, car cette loi s'entendait du témoignage des fils de famille et des esclaves d'une partie, lesquels étaient sous sa puissance; ce qu'on ne peut dire avec la même exactitude de nos serviteurs et domestiques, qui sont des personnes libres, et qui sont seulement à notre égard dans une certaine dépendance.

teurs, puisqu'il les a à ses gages, et qu'il peut leur commander, lorsqu'il est à sa terre, de lui rendre tous les services auxquels ils peuvent être propres (1).

En cela, ajoute Pothier, ces personnes diffèrent de ceux avec qui nous avons fait marché pour nous faire un certain ouvrage pour une certaine somme, tels que sont nos vignerons; ceux-ci ne sont pas proprement nos serviteurs et nous n'avons pas droit de leur commander, ni d'exiger d'eux autre chose que l'ouvrage qu'ils sont obligés de faire. C'est pourquoi, dans l'usage, on reçoit le témoignage des vignerons d'une partie.

Pothier parle ici des vignerons qui travaillent la vigne à la façon, à tant l'arpent ou l'ouvrée; mais ce qu'il dit à leur égard serait également applicable aux vignerons qui cultivent moyennant une portion de fruits, colons partiaires ou métayers, quoique généralement ces individus demeurent dans le domaine; car cette circonstance ne les rend pas *domestiques*, aussi n'ont-ils point le même domicile que le bailleur. (Art. 109 précité.) Ils sont plutôt des *associés* du propriétaire que ses véritables *serviteurs :* ils fournissent leur travail, et lui sa chose; il n'a rien à leur commander qui n'ait rapport à la culture dont ils se sont chargés. Aussi ne pensons-nous pas qu'ils soient reprochables pour cette seule cause.

Quant aux *domestiques*, ce sont les personnes qui demeurent dans la maison où nous habitons, qui mangent notre pain, *quæ sunt domî*, « soit, dit Pothier, que ces personnes » soient en même temps nos serviteurs, tels » que sont des laquais, des cochers, cuisi» niers, valets de chambre, maîtres d'hô» tel, etc.; soit que ces personnes ne soient » pas proprement des serviteurs, pourvu que » nous ayons néanmoins sur eux quelque auto» rité; tels que sont des apprentis, des clercs » de procureur, etc. »

379. En matière de séparation de corps, les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants, ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité; mais le tribunal a tel égard que de raison aux dépositions des parents et des domestiques. (Art. 251, Code civ.) Voyez ce nous avons dit à ce sujet au tome III, où nous expliquons cette disposition, qui se trouve sous la rubrique *du divorce,* mais qui s'applique évidemment, par les mêmes motifs, au cas de demande en séparation de corps.

380. Le droit romain écartait aussi, pour soupçon de partialité, le témoignage de l'avocat ou du procureur de l'une ou de l'autre des parties dans la cause. (L. 25, ff. *de testibus.*) Pothier ne l'admettait pas non plus, quoique l'ordonnance de 1667 ne s'en expliquât pas. Mais, dit cet auteur, ce témoignage serait suspect de partialité, s'il était donné en faveur du client, et il serait indécent d'admettre un avocat ou un procureur à déposer contre son client (2).

381. Il décidait, par les mêmes motifs, qu'un tuteur, qui est partie en cette qualité pour le mineur, ne peut être témoin ni pour ni contre lui; et que des fabriciens, des administrateurs d'hopitaux et autres personnes semblables, ne peuvent non plus être témoins ni pour ni contre la fabrique, etc.

Le Code de procédure ne dit rien à cet égard, au sujet des reproches contre les témoins, mais

(1) * Le témoin qui travaille habituellement comme journalier chez la partie qui veut le faire entendre dans une enquête peut être rangé dans la classe des *serviteurs et domestiques*, dont parle l'art. 283 du Code de procédure, et comme tel reprochable. (Brux., 29 avril 1830; J. de B., 1830, 1, 441; J. du 19e s., 1831, 1, 77; Dalloz, 27, 67.)

Le témoin qui, au temps où il donne sa déposition, n'est plus ouvrier salarié de la partie, n'est point reprochable. (Brux., 9 novembre 1818; J. de B., 1818, 2, 145; Dalloz, 27, 56.)

(2) * Les causes de reproche mentionnées dans l'article 283 du Code de procédure ne sont pas les seules que les juges puissent ou doivent admettre.

On ne peut entendre comme témoins en cause d'appel celui qui, en première instance, a été l'avocat ou l'avoué de la partie qui l'a assigné. (Brux., 27 juillet 1825, J. de B., 1825, 2, 176, et J. du 19e s., 1825, 170; Dalloz, 27, 54, no 5.—Jugé en sens contr., Brux., 31 décembre 1828; J. de B., 1829, 1, 294, et V. J. de B., 1834.)

il en fait une cause de récusation des juges. (Article 378-7°.) Aussi la décision de Pothier quant au tuteur, ne devrait, selon nous, souffrir aucune difficulté; mais pour les administrateurs d'établissements publics, nous croyons que la question de savoir si leurs dépositions doivent être admises, dépendrait des circonstances de la cause et de la position actuelle de la personne dont le témoignage serait invoqué pour ou contre l'établissement.

382. L'inimitié entre le témoin et la partie contre laquelle il est appelé à déposer est aussi un juste motif de suspecter son impartialité, et cependant le Code de procédure n'en parle pas non plus comme d'une cause de reproche. La novelle 90, chap. VII, portait que celui qui a un procès criminel avec quelqu'un ne peut être témoin contre lui. Elle ne décidait pas la même chose à l'égard d'un procès civil. Pothier admettait la disposition de la novelle, et quant aux procès civils, il disait que les rédacteurs de l'ordonnance ne s'étant point expliqués à cet égard, c'est une preuve qu'ils ont entendu laisser la décision de la question à la sagesse des juges, qui doivent se déterminer d'après les circonstances, l'importance du procès, la qualité du témoin, etc.

Il est évident que si un procès criminel, et même un procès civil avec l'une des parties, est un juste motif de soupçonner un juge de partialité, et suffit pour le faire récuser, cela doit également suffire pour autoriser la partie à reprocher un témoin. L'élévation de sentiment généralement reconnue chez les magistrats est même une garantie que l'on ne peut espérer de trouver ordinairement dans des témoins.

Sans doute, *toutes* les causes pour lesquelles on peut récuser les juges ne sont pas nécessairement des causes pour lesquelles on peut aussi reprocher un témoin; car, ainsi qu'on l'a fort bien observé, on peut remplacer un juge et l'on ne peut remplacer un témoin, et c'est probablement pour ce motif que l'on n'a pas établi une règle générale à cet égard; mais, en général aussi, lorsque la cause de reproche d'un témoin est d'une nature grave, et une des principales de celles pour lesquelles on peut récuser un juge, l'on doit tenir que le reproche est fondé. Aussi M. Pigeau disait-il « qu'on » peut adopter pour principe, que les causes » de récusation contre les juges sont causes » de reproche contre les témoins, toutes les » fois qu'il n'y a pas de raison particulière » pour en décider autrement. » Ce serait donc un point laissé à la sagesse du juge.

On admettait anciennement des causes de reproche qui n'étaient point exprimées dans l'ordonnance; quelques-unes des cours, dans les observations qu'elles ont adressées lors de la rédaction du Code de procédure, demandaient qu'on spécifiât certaines causes de reproche qui seraient péremptoires, lorsqu'elles seraient avouées ou justifiées, et que d'autres fussent laissées à la sagesse du juge. C'est ce que l'on a fait pour les premières, par l'art. 283, et il paraît que c'est ce qu'on a entendu adopter pour les autres, par induction de celles qui ont été admises pour la récusation des juges, mais en laissant, quant à ces dernières, un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux, probablement par le motif donné plus haut, que l'on peut remplacer un juge et non un témoin, qui souvent est essentiel.

En conséquence nous croyons, par argument de l'article 378 du Code de procédure, que le témoin pourrait être reproché par la partie contre laquelle il serait produit, s'il y avait, ou s'il y avait eu dans les cinq ans qui ont précédé le jugement qui a ordonné l'enquête, procès criminel entre ce témoin, son conjoint, ses parents ou alliés en ligne directe, d'une part, et la partie son conjoint, ses parents et alliés dans la même ligne, d'autre part; et s'il y avait procès civil entre le témoin, son conjoint, leurs ascendants et descendants ou alliés dans la même ligne, et la partie contre laquelle le témoin serait produit, si ce procès, dans le cas où il aurait été intenté par cette partie, l'avait été avant l'instance dans laquelle le reproche serait proposé; et si étant terminé, il ne l'avait été que dans les six mois qui auraient précédé le jugement qui a ordonné l'enquête.

A plus forte raison le témoin est-il reprochable s'il y a inimitié capitale entre lui et la partie, ou s'il y a eu de sa part agressions, injures ou menaces, verbalement ou par écrit,

dans les six mois précédant le jugement qui a ordonné l'enquête.

383. Peut être reproché, pour *soupçon de subornation*, le témoin qui a bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête (article 283); et par le même motif, celui qui, depuis cette époque, a reçu d'elle des présents. (Art. 378-8°.)

384. C'est aussi, dit Pothier, une forte présomption de subornation, lorsqu'il est prouvé que la partie qui produit le témoin lui a dressé par écrit sa déposition. Un arrêt du 11 août 1696, cité par Jousse, et qui est au tome V du *Journal des Audiences*, l'a ainsi jugé. Nous serions assez de ce sentiment, quoique le Code de procédure ne s'explique pas sur ce cas. Mais il garde le silence sur bien d'autres, où cependant il n'est pas douteux que le témoin qui s'y trouve ne soit reprochable.

385. Peut être reproché, pour *défaut de bonne réputation*, le témoin en état d'accusation, celui qui a été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même à une peine correctionnelle pour cause de vol (art. 283); et l'escroquerie, sous ce rapport, est assimilée au vol.

386. Pour *défaut de raison*, peuvent être reprochés les insensés, les fous, les imbéciles.

387. A l'égard des impubères, l'art. 285 C. proc., porte que les individus âgés de moins de quinze ans révolus, pourront être entendus, sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison. Celle d'un enfant, dit Pothier, doit être rejetée; mais on peut avoir égard à celles des impubères qui approchent de la puberté, lorsqu'elles sont bien circonstanciées et que le fait sur lequel ils déposent n'est pas au-dessus de leur portée. L'art. 285 est conçu dans un sens plus général, en laissant au juge le pouvoir le plus étendu à ce sujet; en sorte qu'il pourrait avoir égard à la déposition d'un individu de dix ans, quoique cet âge n'approche pas de celui de la puberté, comme l'entendait probablement Pothier.

388. Telles sont les principales causes de reproches : ils doivent être proposés par la partie ou par son avoué avant la déposition du témoin, qui est tenu de s'expliquer sur ceux qui sont allégués contre lui; ils doivent être circonstanciés et pertinents, et non en termes vagues et généraux. Les reproches et les explications du témoin doivent être consignés dans le procès-verbal d'enquête. (Art. 270.)

389. Si le fait sur lequel le reproche est basé est contesté, la preuve en est ordonnée. (Art. 289, 290.)

390. Le témoin reproché est toutefois entendu dans sa déposition (article 284), parce qu'il est possible que le reproche soit mal fondé.

Mais si le reproche est admis, la déposition du témoin reproché n'est point lue. (Article 291.)

391. Les témoins sont entendus séparément, tant en présence qu'en l'absence des parties.

Chaque témoin, avant d'être entendu, doit déclarer ses noms, profession, âge et demeure, s'il est parent ou allié de l'une des parties, à quel degré, s'il est serviteur ou domestique de l'une d'elles; il fait serment de dire la vérité; le tout à peine de nullité. (Art. 262.)

Il ne lui est permis de lire aucun projet écrit. (Art. 271.)

392. Si l'enquête est déclarée nulle par la faute du juge-commissaire, elle doit être recommencée, et à ses frais. (Art. 292.) La partie, en effet, n'a rien à se reprocher.

393. Mais si elle est nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier, elle n'est pas recommencée, parce que la partie doit s'imputer d'avoir fait un mauvais choix; sauf à elle à répéter contre eux les frais et même les dommages-intérêts en cas de manifeste négligence; ce qui est laissé à la sagesse du tribunal. (Article 293.)

394. La nullité d'une ou plusieurs déposi-

tions n'entraîne point celle de l'enquête. (Article 294.) *Utile per inutile non viciatur.*

395. Ni le Code civil ni le Code de procédure ne déterminent le nombre de témoins dont les dépositions valables et concordantes sur un même fait ou sur une même dette sont nécessaires pour faire preuve complète, de manière que le juge puisse le tenir comme prouvé; et ils ne décident point non plus s'il est obligé, sous peine de violer la loi, de conformer sa décision à la déposition uniforme et positive de plusieurs témoins.

Le tribunal d'appel de Grenoble, dans ses observations sur le Code civil, avait posé les questions suivantes : Quelles sont les conditions nécessaires pour que la preuve testimoniale soit complète? Faudra-t-il plusieurs témoins? Faudra-t-il avoir recours en cette matière aux dispositions des anciennes ordonnances?

Mais ces questions sont restées indécises dans le Code, et rien dans la discussion au conseil d'État sur la matière, ni dans les rapports faits sur le projet de loi, ne fixe la pensée sur le point de savoir si l'on a entendu adopter à cet égard les principes de l'ancienne jurisprudence, ou bien ceux que l'on a admis dans le droit nouveau en matière criminelle.

396. Dans les matières criminelles, en effet, la loi dit expressément aux jurés de se déterminer d'après leur propre conviction, et non d'après tels ou tels procès-verbaux, tel ou tel nombre de témoins. (Art. 342, Code d'inst. crim.)

Les mêmes maximes, par analogie, ont été, en général, adoptées dans les tribunaux correctionnels, quoique la loi ne s'en soit d'ailleurs point expliquée positivement.

397. Anciennement, au contraire, la déposition d'un seul témoin était généralement insuffisante pour faire preuve d'un fait, quelque digne de foi et en quelque dignité que fût d'ailleurs constitué ce témoin; *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat,* disait la loi 9, § 1, Code *de testibus*, dont la décision était suivie dans notre jurisprudence (1); sauf que dans les matières civiles, et lorsque la somme était modique, le juge pouvait avoir égard à cette déposition, en la corroborant par le serment, qu'il déférait d'office à la partie, ainsi que le disent Domat et Pothier.

Mais les dépositions de deux témoins parfaitement concordantes entre elles, et non combattues par d'autres d'égale force, faisaient preuve complète; et le juge, même en matière criminelle, devait y conformer sa décision, quelle que pût être d'ailleurs son opinion personnelle.

Sous ce dernier rapport, ce système a été vivement critiqué dans les matières criminelles, par de bons esprits, et il a été sagement abrogé. Mais le silence des rédacteurs du Code civil ne laisse pas de faire naître des doutes sur l'un et l'autre point dans les matières civiles (2).

398. La question, au surplus, n'est pas de savoir si la décision du tribunal qui s'est déterminé par la déposition d'un seul témoin, ou qui a rejeté une demande appuyée de la déposition concordante de deux ou plusieurs témoins non reprochés, peut être réformée en appel, s'il y a lieu à l'appel; car cela n'est pas douteux, si les juges supérieurs croient qu'il y a *mal jugé*, s'ils pensent que le tribunal de première instance a trop accordé de confiance à cette déposition unique, ou qu'il n'en a pas accordé assez au témoignage de deux ou plusieurs témoins, qui ont cependant déposé uniformément sur le même fait : elle est de savoir si, dans l'un ou l'autre cas, il y a violation de la loi, et par conséquent recours à cassation.

(1) De là ce brocard de palais : *testis unus, testis nullus.*

(2) * Merlin, *Rép.*, vo *Preuve*; Toullier, 9, no 317; Favard, vo *Preuve*, § 2, no 1, pensent que l'ancienne règle est abolie par l'art. 1041 du Code de procédure; et l'article 1353, permet aux magistrats de juger d'après les présomptions, dans le cas où la preuve testimoniale est admise, les autorise par là même à prêter foi à une déposition isolée, si elle peut déterminer leur conviction. (*V.* Brux., 5 novembre 1831; J. de B., 1832, 1, 137; J. du 19e s., 1831, 3, 200.)

Mais d'abord, sur le premier cas, où serait la violation, puisque la loi actuelle ne s'explique point sur le nombre des témoins qu'il faut pour faire preuve complète d'un fait, et que les lois antérieures sur cette matière se trouvent abrogées par celle du 30 ventôse an XII? Aussi ne peut-il être question que de l'appel en pareil cas. Seulement on peut dire que les tribunaux ne doivent que difficilement se déterminer par une déposition, surtout lorsque la cause est de quelque importance, ce qui peut arriver souvent à raison des exceptions assez nombreuses que souffre la règle, que la preuve par témoins n'est pas reçue au delà d'une valeur de 150 francs. Et comme ils peuvent, dans ce cas, regarder la demande où l'exception comme n'étant pas pleinement justifiée, ni comme totalement dénuée de preuve, ils peuvent par cela même déférer d'office le serment à l'une des parties, et ils doivent, en général, le déférer à celle qui a en sa faveur cette déposition, afin qu'elle complète sa preuve.

Mais sur le second point, il y a plus de difficulté. En effet, un individu prête à un autre une somme de 100 francs, par exemple, devant deux ou trois personnes qui en déposent uniformément, et dont les dépositions ne sont point du tout reprochées : le juge peut-il n'y avoir aucun égard, parce que sa conviction s'y opposerait? et sa décision ne sera-t-elle aucunement susceptible de la censure de la cour de cassation, si elle est déférée à cette cour?

Le créancier dira que la loi n'a pu vouloir lui tendre un piége; qu'après lui avoir promis qu'elle admettrait pour cette somme la preuve testimoniale qu'il ferait, elle n'a pas entendu que le sort de sa demande serait ensuite abandonné à l'arbitraire du juge, qui pourrait la rejeter sur le prétexte que sa conviction est contraire à la déposition des témoins; que le juge peut d'ailleurs fort bien se tromper; que la prévention, la passion même, peuvent aussi l'aveugler, peut-être pour humilier les témoins; qu'il n'y a pas à présumer que ceux-ci aient été corrompus quand il s'agit d'une somme jusqu'à concurrence de laquelle la loi a admis, de droit commun, ce genre de preuve, et que le juge ne doit pas substituer ses préjugés contre la partie et les témoins, à la présomption générale de la loi.

Il ajoutera que la loi elle-même appelle *preuve testimoniale* celle qu'il a faite, et que le juge doit conformer sa décision aux preuves régulièrement administrées; que de même qu'il ne pourrait, quelle que fût d'ailleurs sa conviction, se refuser à juger selon les preuves écrites, tant que les actes ne seraient pas combattus par l'inscription de faux, ou selon les présomptions légales, tant qu'elles ne seraient pas détruites par la preuve contraire, en supposant encore que la loi l'eût réservée; de même il ne doit pas pouvoir le faire dans le cas de la preuve par témoins, puisque c'est également une preuve aux yeux de la loi; qu'elle ne lui a pas donné un pouvoir purement discrétionnaire, ainsi qu'elle l'a fait au sujet des présomptions qu'elle a formellement abandonnées à sa prudence et à ses lumières (art. 1353), et ainsi qu'elle l'a fait aussi au sujet des rapports d'experts (art. 323, Cod. de procéd.), parce qu'en effet il n'y avait pas même raison : il peut ordonner un autre rapport, au lieu qu'une partie ne peut faire usage que des preuves qu'elle a en sa puissance.

Il soutiendra que les rédacteurs du Code ayant pour ainsi dire copié mot à mot l'ordonnance de 1667 sur cette matière, tout porte à croire qu'ils ont entendu que la preuve par témoins régulièrement administrée ferait effectivement *preuve* dans les limites tracées à cet égard, c'est-à-dire dans les cas où elle serait admissible; que rien, sans cela, ne pourrait justifier les restrictions apportées à l'admissibilité de cette preuve, dans un système où le juge ne serait point lié par elle, ainsi qu'il l'était anciennement; tandis que ces mêmes restrictions sont parfaitement justifiées, dans un système où ce genre de preuve oblige le juge à y conformer sa décision.

Que cela est d'autant plus probable, que le tribunal d'appel de Grenoble, dans ses observations sur le projet de loi, avait provoqué l'établissement de règles positives au sujet de la force de la preuve testimoniale, notamment quant au nombre de témoins qui seraient nécessaires pour faire une preuve complète, et cependant que le Code a cru devoir garder le

silence à ce sujet, sans que rien, dans la discussion au conseil d'État et dans les rapports faits au corps législatif et au tribunat sur le projet de loi, n'indique que l'on ait entendu s'éloigner de l'ancienne jurisprudence sur ce point; que si l'on eût voulu le faire, on s'en serait expliqué, ainsi qu'on l'a fait relativement aux rapports d'experts; en un mot, que la loi ne dit nulle part que le juge sera un véritable juré en cette matière.

399. Mais, d'un autre côté, l'on dit que si les juges devaient être liés par la déposition des témoins, comme la loi actuelle ne fixe pas le nombre de dépositions nécessaires pour pouvoir faire preuve, il en résulterait qu'une seule pourrait déterminer la décision du tribunal, même dans des cas où il s'agirait d'un intérêt immense, parce qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit, ou parce qu'on se trouverait dans quelque autre cas d'exception; et qu'ainsi la fortune d'un citoyen pourrait dépendre de la mauvaise foi d'un témoin corrompu; qu'à la vérité, dans ce cas, il y aurait la ressource de l'appel, mais que cette ressource ne serait pas un préservatif suffisant, puisque le jugement pourrait fort bien être confirmé sur l'appel.

Que d'ailleurs il ne peut pas y avoir recours à cassation en cette matière, attendu qu'aucune disposition de la loi actuelle n'ayant fixé le nombre de témoins nécessaires pour faire preuve complète, on ne peut pas dès lors prétendre que la loi ait été violée; et parce que, en outre, il faudrait, pour que la cour de cassation pût casser, qu'elle appréciât elle-même la gravité des dépositions : or, cela n'est point dans ses attributions; elle n'a même pas à sa disposition les éléments d'instruction qu'a le juge de la cause pour pouvoir le faire. Ce n'est pas, en effet, le procès-verbal d'enquête qui pourrait lui faire connaître quelle confiance mérite telle ou telle déposition : cet acte ne pourrait lui apprendre autre chose, si ce n'est que la déposition est régulière, et qu'elle a été en faveur du demandeur en cassation; il ne lui apprendrait point la moralité du témoin, les circonstances dans lesquelles il a fait sa déposition, ses relations avec la partie, et une foule d'autres chose que le juge de l'affaire a pu savoir, et que cette cour n'a point elle-même les moyens de connaître ni de vérifier.

On peut ajouter que les raisons, à cet égard, sont les mêmes que dans les matières criminelles, qu'elles sont même plus fortes lorsque la cause, ainsi qu'il peut arriver souvent, est d'un grand intérêt; car alors la corruption des témoins, leur complaisance coupable pour l'une des parties, sont plus à craindre : d'abord, parce que la peine portée contre le faux témoignage y est moins forte, et en second lieu, parce qu'il est moins supposable qu'un témoin, seulement par animosité envers l'accusé, fasse une fausse déposition, au risque de se compromettre lui-même de la manière la plus grave. Et c'est probablement parce qu'il y avait même motif de suivre en matière civile le système adopté à cet égard en matière criminelle, que les rédacteurs du Code civil ont jugé qu'il était superflu de porter des dispositions spéciales et positives à ce sujet, pensant sans doute qu'il y aurait de graves inconvénients à lier les juges par la détermination d'un nombre de témoins, attendu que telle déposition peut en valoir moralement plusieurs, et que plusieurs peuvent n'en valoir pas une seule.

C'est ce que disait l'empereur Adrien, dans deux de ses rescripts, adressés, l'un au gouverneur de la province de la Cilicie, et l'autre à Valerius Verus, et dont le jurisconsulte Callistrate rapporte les termes, bien remarquables, dans la loi 3, ff. *de testibus*.

Verba epistolæ hæc sunt : TU MAGIS SCIRE POTES QUANTA FIDES HABENDA SIT TESTIBUS : QUI ET CUJUS DIGNITATIS, ET CUJUS ÆSTIMATIONIS SINT, ET QUI SIMPLICITER VISI SINT DICERE, UTRUM EUMDEMQUE MEDIATUM SERMONEM ATTULERINT, AN AD EA, QUÆ INTERROGAVERAS, EX TEMPORE VERISIMILIA RESPONDERINT.

QUÆ ARGUMENTA AD QUEM MODUM PROBANDÆ CUIQUE REI SUFFICIANT, NULLO CERTO MODO DEFINIRI POTEST : SICUT NON SEMPER ITA SÆPE SINE PUBLICIS MONUMENTIS CUJUSQUE REI VERITAS DEPREHENDITUR : ALIAS NUMERUS TESTIUM, ALIAS DIGNITAS ET AUCTORITAS, ALIAS VELUTI CONSENTIENS FAMA CONFIRMAT REI, DE QUA QUÆRITUR, FIDEM. HOC ERGO SOLUM TIBI RESCRIBERE POSSUM SUMMATIM, NON UTIQUE AD UNAM PROBATIONIS SPECIEM COGNITIONEM ALLIGARI

DEBERE, SED EX SENTENTIA ANIMI TUI TE ÆSTIMARE OPORTERE, QUID AUT CREDAS, AUT PARUM PROBATUM TIBI OPINARIS.

Voilà la véritable loi de la matière : c'est celle qui a été proclamée formellement par le Code d'instruction criminelle, et qui doit être suivie aussi dans les matières civiles, parce que c'est elle aussi que l'on a entendu suivre. Aussi faut-il regarder la preuve testimoniale moins comme une preuve proprement dite, que comme une présomption laissée à la sagesse du magistrat, dont la décision peut bien, comme dans le cas des présomptions de cette sorte, être réformé en appel, s'il y a lieu à l'appel, mais non par la voie du recours en cassation.

Et l'on ne peut pas dire pour cela que celui qui a prêté devant témoins une somme n'excédant pas 150 francs sera ainsi trompé dans son attente, il aura en sa faveur le genre de preuve qu'il a voulu avoir, mais avec les effets qui viennent d'être expliqués. Ces effets sont au surplus assez puissants pour mériter quelques autres explications sur les caractères que doivent avoir les dépositions, et sur les règles à suivre par un juge éclairé, dans le cas de collision des témoignages.

400. Si les faits que l'on veut prouver sont différents, ou si les créances sont différentes, il faut que la preuve soit complète sur chaque fait ou sur chaque créance, dans le sens que nous venons d'expliquer; mais il n'est pas besoin que les faits dont déposent plusieurs témoins se soient passés dans le même lieu et dans le même temps, pour que le juge doive ajouter foi aux dépositions : pourvu que ces dépositions coïncident et établissent clairement la créance ou le payement, cela suffit. Ainsi je fais entendre un témoin qui dépose que je vous ai prêté devant lui, tel jour, en tel lieu, la somme de 150 fr. en telles espèces, qu'il a vu compter, et une autre personne qui déclare vous avoir entendu dire depuis que je vous ai prêté cette somme, avec les circonstances principales qui se trouvent dans la première déposition; de manière que la seconde se rapporte bien évidemment au même fait que celui qui est contenu dans la première : dans l'ancien droit, ces deux dépositions auraient fait preuve complète, parce qu'elles concordent parfaitement sur le point important, celui du prêt; et le juge, aujourd'hui, doit aussi y avoir égard, si les témoins, à ses yeux, sont dignes de foi : tout comme si les deux témoins avaient vu le prêt, ou avaient entendu en même temps le débiteur en faire l'aveu.

401. Quoique la déposition concordante de deux témoins doive généralement faire foi complète, surtout si la somme n'est pas considérable, et mieux encore, si les témoins jouissent d'une bonne réputation, puisque, d'après ce qui vient d'être dit, celle d'un seul témoin aujourd'hui pourrait avoir cet effet; néanmoins, comme la partie ne sait pas ce que ses témoins déclareront, elle peut en faire entendre autant qu'elle en a. Mais pour qu'elle n'abuse pas de ce droit, pour faire supporter des frais à son adversaire, la loi met à sa charge ceux des dépositions des témoins excédant le nombre de cinq sur le même fait. (Art. 281, Code de procédure.)

402. Nous avons dit plus haut que la preuve contraire est de droit, c'est-à-dire que le défendeur à la demande à fins de preuve testimoniale n'a pas besoin de demander à être autorisé à faire la sienne, ni par conséquent d'articuler préalablement les faits qu'il se propose de prouver pour combattre les allégations de son adversaire : tellement que lors même que le jugement qui a admis la preuve ne ferait point mention de la faculté de faire la preuve contraire, cette preuve n'en pourrait pas moins avoir lieu, le juge-commissaire ne devrait pas moins la recevoir. Autre chose serait s'il s'agissait d'une demande reconventionnelle, car alors ce ne serait point une preuve contraire à celle faite par l'autre partie, ce serait une preuve directe, une véritable enquête directe, quoiqu'elle eût lieu dans un cas où le demandeur aurait été admis lui-même à établir sa demande par témoins.

403. Si, dans le cas d'une contre-enquête, il n'y a qu'un seul témoin qui ait déposé en faveur du défendeur à la demande à fins de preuve testimoniale, dans notre ancienne ju-

risprudence on décidait généralement que cette déposition unique n'énervait point la preuve de l'enquête, lors même qu'elle n'aurait eu que deux témoins. Cela tenait à ce qu'une seule déposition était considérée comme ne faisant point preuve. Elle ne contre-balançait pas une des dépositions de l'enquête, autrement elle aurait eu pour résultat de neutraliser l'enquête elle-même, et aurait eu ainsi le même effet que deux dépositions; ce qui eût été inconséquent.

Mais deux dépositions faisant alors preuve complète, s'il y avait eu dans la contre-preuve deux dépositions concordantes, et opposées à celles de l'enquête, elles pouvaient neutraliser ces dernières, en quelque nombre qu'elles fussent : seulement les juges pesaient les preuves, eu égard à la qualité des témoins, à leur bonne réputation, à leur nombre, et aux différentes circonstances de la cause, conformément à la loi 3, ff. *de testibus*, précitée.

Quoi qu'il en soit, aujourd'hui une seule déposition pourrait en énerver deux, et même un plus grand nombre, selon ce qui a été dit précédemment; sauf à la partie condamnée, à appeler du jugement, si la matière est susceptible d'appel, et aux juges d'appel, à réformer, si le jugement leur paraît contenir un *mal jugé* sous ce rapport, ou sous quelque autre.

SECTION III.

DES PRÉSOMPTIONS.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

404. *Ce que sont les présomptions.*
405. *Application par forme d'exemple.*
406. *Etymologie du mot* présomption.
407. *Les présomptions ne sont pas des preuves, mais elles en tiennent ou peuvent en tenir lieu.*
408. *Elles sont de deux sortes : celles établies par la loi, celles qui sont abandonnées à la prudence du juge.*
409. *Les premières sont elles-mêmes de deux sortes.*
410. *Texte de l'art.* 1352.
411. *Celui qui a en sa faveur une présomption de la loi est dispensé de toute preuve.*
412. *Diverses questions que fait naître l'article* 1352.
413. *Suite.*
414. *Suite.*
415. *Suite.*
416. *Résumé de la discussion.*
417. *Transition.*

404. Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le juge tire d'un fait certain pour connaître la vérité d'un fait dont on n'a pas la preuve. « Ce sont, dit l'article 1349, des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un » fait connu à un fait inconnu. »

« Des conséquences, dit Domat, qu'on tire » des causes à leurs effets, ou des effets à leurs » causes, par la liaison qu'il peut y avoir entre » les faits connus et les faits inconnus. »

Ces conséquences sont déduites de ce qui arrive le plus ordinairement dans le cas donné: *Præsumptio dicitur ex eo quod plerùmque fit.*

405. Par exemple, la loi présume qu'une dette a été acquittée par le payement ou remise, lorsque le titre qui la constatait a été volontairement remis au débiteur par le créancier (art. 1282) ; parce qu'en effet ordinairement le créancier ne remet son titre au débiteur que lorsqu'il a été satisfait sur la dette. Ici le fait *connu*, c'est la remise du titre; le fait *inconnu*, et que l'on cherche, c'est l'acquittement de la dette, et la loi procédant du connu à l'inconnu, conclut du fait connu qu'elle ne subsiste plus, qu'elle a été éteinte par payement ou remise. Et le titre est présumé remis par le créancier au débiteur, et volontairement, jusqu'à preuve du contraire, lorsqu'il se trouve dans la main du débiteur.

406. Selon Alciat, dans son traité *de Præsumptionibus*, le mot *présomption* dérive du verbe *sumere*, et se compose avec la préposition *præ*, c'est-à-dire que la loi ou le magistrat SUMIT *aut habet aliquid pro vero; et id* PRÆ, *id est antequàm aliundè probetur.*

407. Les présomptions ne sont pas des preuves, mais elles *en tiennent lieu* dans les cas prévus par la loi, et elles *peuvent* les remplacer dans ceux où la loi permet aux juges de se décider par leurs secours.

408. Sous le rapport de leurs causes et de leurs effets, les présomptions sont de deux sortes : celles qui sont établies par la loi, et celles qui sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat.

Les premières sont celles que la loi elle-même, par une disposition spéciale, a attachées à certains actes ou à certains faits prévus par elle.

Les autres sont celles qui résultent des faits de la cause non spécialement prévus par la loi. Ce sont de simples conjectures, que le magistrat peut tirer des faits et des circonstances de l'affaire qui lui est soumise. Et comme ces faits peuvent varier à l'infini, et que par cela même il était impossible à la loi de les prévoir tous, elle a abandonné l'appréciation des présomptions qui en résultent à la sagesse du juge, en lui prescrivant toutefois de n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et en ne lui laissant même le pouvoir de se déterminer par leurs secours que dans les cas seulement où elle admet les preuves testimoniales. (Art. 1353.)

409. Les présomptions légales sont elles-mêmes de deux sortes quant aux effets qu'elles produisent.

Les unes et les autres ont bien cela de commun, qu'elles dispensent toutes de la preuve celui au profit duquel elles existent; mais les unes admettent la preuve contraire, tandis que les autres ne l'admettent pas.

Et pour les distinguer, les docteurs, du moins pour la plupart, appellent celles-ci présomptions *juris et de jure*, et celles-là présomptions *juris tantùm* (1).

Ces dénominations, de pure doctrine, ne peuvent avoir d'utilité, surtout sous le Code, que pour abréger les explications, et ce n'est que sous ce rapport que nous les emploierons, quand cela nous arrivera.

410. Mais quelles sont les présomptions légales qui admettent la preuve contraire? Quelles sont celles qui ne l'admettent pas? Le Code, dans bien des cas, s'en est expliqué, mais pas dans tous.

L'article 1352, tout en paraissant établir un règle générale à cet égard, ne laisse pas de présenter des doutes et des difficultés. Il porte :

« La présomption légale dispense de toute » preuve celui au profit duquel il existe.

» Nulle preuve n'est admise contre la présomp- » tion de la loi, lorsque, sur le fondement de » cette présomption, *elle annule certains actes* » *ou dénie l'action en justice*, à moins qu'elle » n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce » qui sera dit sur le serment et l'aveu judi- » ciaires. »

411. La première partie de l'article ne souffre aucune difficulté ; il est certain que celui qui a une présomption légale en sa faveur est dispensé de toute preuve quant à la conséquence à tirer du fait sur lequel elle repose ; la loi elle-même tire cette conclusion pour lui : seulement il est tenu de démontrer que la présomption elle-même existe, que le fait sur lequel elle est fondée s'est réalisé, et avec les circonstances voulues par la loi, si elle en a exprimé; en un mot, qu'il est bien dans le cas prévu par elle. A cet égard, il n'y a pas à distinguer si, dans le cas donné, la loi a ou non réservé la preuve contraire; cette réserve est relative seulement à l'adversaire, et nous allons voir à quels cas elle s'applique.

412. Mais la seconde partie de l'article ne présente pas une disposition aussi claire, tant s'en faut. Elle exclut bien en principe toute preuve contraire, mais elle ne s'explique ainsi qu'à l'égard seulement des présomptions *sur le fondement desquelles la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice*, et en second lieu elle apporte deux limitations à la règle qu'elle pose à ce sujet :

1° *A moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire ;*

(1) Domat n'a point employé ces dénominations. Pothier s'en est servi dans tous ses ouvrages. *V.* notamment ses *Pandectes*, au titre *de probat. et præsumpt.*

2° *Sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.*

Ainsi, dans les autres cas de présomptions légales, où la loi n'a pas, sur leur fondement, *annulé certains actes ou dénié l'action en justice*, et qui sont assurément bien nombreux, la preuve contraire n'est point interdite par cet article. On doit même dire, *è contrario*, qu'elle est admise en principe, car pourquoi aurait-on rapporté son exclusion aux cas où la loi, sur le fondement de la présomption, *annule certains actes ou dénie l'action en justice*, si l'on avait entendu l'exclure aussi dans tous les cas de présomptions légales où la loi n'aurait pas en même temps réservé cette preuve? Évidemment cette relation serait fautive au dernier point; rien ne pourrait l'expliquer; la disposition de l'article eût dû être ainsi conçue: « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, à moins que la loi n'ait réservé » la preuve contraire, etc. » Mais l'article est rédigé bien différemment: « Nulle preuve, dit-» il, n'est admise contre la présomption de la » loi, lorsque, sur le fondement de cette pré-» somption, *elle annule certains actes ou dénie* » *l'action en justice*, à moins qu'elle n'ait réservé » la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit » sur le serment et l'aveu judiciaires. » En sorte que c'est à ces cas seulement que se réfère grammaticalement l'exclusion de la preuve contraire, et non aux présomptions légales en général, à celle dont il n'est point ici parlé.

Que sont d'ailleurs les présomptions légales? ce sont de simples conjectures, que la loi, prenant pour guide l'expérience, tire de ce qui a lieu le plus communément dans le cas sur lequel elle statue; mais il est dans la raison que de simples conjectures cèdent à la preuve de la vérité du fait; sauf à la partie qui veut combattre la présomption, à observer les règles sur les diverses sortes de preuves, relativement à leur admission ou à leur rejet, suivant les différents cas.

Cette doctrine est si vraie, en général (car il serait possible qu'elle souffrît quelques limitations dans certains cas) que les actes authentiques eux-mêmes, qui sont assurément également présumés vrais, puisqu'ils font foi jusqu'à inscription de faux (article 1319), peuvent être combattus par cette voie; qu'on peut aussi prouver contre leur contenu par des contre-lettres, des actes postérieurs, par lesquels on y a dérogé, et même par témoins, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit. L'article 1352 n'est pas susceptible d'extension, parce que sa disposition est rigoureuse, puisqu'elle donne plus de force à une simple supposition qu'à la preuve de la vérité même; or, l'exclusion de la preuve contraire à la présomption n'est prononcée par cet article que dans les cas seulement où la loi, sur le fondement de cette présomption, *annule certains actes ou dénie l'action en justice*; il se tait sur les autres cas de présomptions légales. En sorte qu'on doit tenir, en principe, que cette preuve n'est point interdite dans ces derniers, à moins que la loi ne l'ait elle-même exclue; par la même raison, que le serment peut être déféré par la partie à laquelle la présomption est opposée, et que cette partie peut faire interroger son adversaire sur le fait *inconnu*, que la loi a déduit du fait *connu* qui sert base à la présomption. Ce point ne nous paraît susceptible d'aucune difficulté grave, d'après les diverses dispositions du Code sur la matière des *présomptions légales*.

415. Toutefois il n'en est pas de même des deux restrictions apportées par la seconde disposition de l'art. 1352 à la règle qu'il établit, que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, *elle annule certains actes ou dénie l'action en justice*.

On peut bien trouver quelques cas où la preuve contraire est réservée par la loi dans des matières où, en général, elle dénie l'action en justice; mais on n'en trouverait pas aussi facilement dans des espèces où elle annule un acte.

On peut citer l'art. 312 comme exemple de la première hypothèse. L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari: c'est une présomption légale de la plus grande force. Le mari ne peut désavouer l'enfant: la loi sur le fondement de la présomption de paternité, *is pater est quem justæ nuptiæ demonstrant*, lui dénie l'action en justice à cet égard. Mais elle lui réserve la preuve contaire à la présomption que l'enfant est né de ses œuvres, et, en conséquence,

elle lui donne l'action en désaveu, dans le cas où il prouve que, pendant le temps qui s'est écoulé depuis le trois-centième jusqu'au cent-quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. Elle lui permet aussi de combattre la présomption par le désaveu de l'enfant dans le cas d'adultère de la femme, si la naissance lui a été cachée. (Art. 313.)

Mais lorsque j'oppose à ma partie adverse une présomption légale, sur le fondement de laquelle je prétends que l'acte qu'elle invoque contre moi est déclaré nul par la loi elle-même, nous ne voyons pas que la loi ait réservé la preuve contraire : si elle l'a fait, c'est assurément bien rarement. Mon adversaire peut bien, sans doute, prétendre que la présomption que j'invoque n'existe pas; que les faits sur lesquels je la fonde ne sont point tels que je les présente; mais ce n'est pas là, comme l'a cru mal à propos M. Toullier, d'après quelques auteurs (1), prouver *contre la présomption;* ce ne peut être le cas de la restriction apportée par notre article à la règle qu'il pose, que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, *elle annule certains actes ou dénie l'action en justice;* car c'est là seulement nier *l'existence de la présomption.* Au lieu que, lorsqu'on prouve *contre la présomption,* pour en détruire l'effet, précisément on en reconnaît l'existence.

Cet auteur appelle cela prouver *indirectement* contre la présomption, parce que, quoiqu'on ne l'attaque pas directement, on la fait évanouir indirectement, en prouvant qu'elle n'est pas applicable au cas proposé.

Mais qui ne voit que ce n'est point là prouver ni indirectement ni directement *contre la présomption* elle-même; que c'est seulement prouver contre l'*allégation* d'une présomption bien ou mal à propos invoquée?

Les exemples que M. Toullier veut tirer des art. 181 et 472 du Code, à l'appui de sa doctrine, ne la confirment nullement, selon nous. Il résulte seulement de ces articles que dans les cas qui y sont prévus, celui à qui on oppose la présomption peut prouver qu'elle n'a pas lieu dans l'espèce; mais ce n'est point la combattre, c'est seulement combattre l'invocation d'une présomption que l'on prétend alléguée mal à propos.

Que dit en effet l'art. 472? que « tout traité » qui pourra intervenir entre le tuteur et le » mineur devenu majeur sera nul, s'il n'a été » précédé de la reddition d'un compte détaillé, » et de la remise des pièces justificatives, le » tout constaté par un récépissé de l'oyant » compte, dix jours au moins avant ce traité. »

La loi a craint que l'ex-mineur ne fût trompé; elle *présume* même qu'il l'a été, si le traité n'a pas été fait après dix jours au moins depuis la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé daté aussi de dix jours au moins avant le traité, et c'est sur le fondement de cette présomption qu'elle annule tout traité qui n'aurait pas été fait conformément à cette disposition. Mais la présomption ici n'est pas pure et simple; elle est conditionnelle : *si le traité n'a été précédé,* etc. A la vérité, ce sera au tuteur, si la nullité du traité est demandée, à prouver, et seulement par le récépissé, que tout s'est passé suivant le vœu de la loi; mais s'il fait cette preuve, il n'y aura jamais eu de présomption à son égard; et s'il ne la fait pas, la présomption existera et ne pourra être combattue ni indirectement ni directement.

Et même généralement c'est à celui qui invoque une présomption légale, à prouver qu'elle existe; que le fait sur lequel la loi la fonde est celui prévu par elle; que ce fait s'est réalisé, et qu'il s'est réalisé avec les circonstances exprimées par la loi pour que cette présomption ait lieu. Il n'y a que bien peu d'exceptions à cette règle, qui est commune à toutes les preuves. Ces exceptions ne se présentent même que dans des cas où, comme celui prévu à l'art. 472, la preuve de l'existence de la présomption serait celle d'une négation. En effet, on ne pouvait raisonnablement assujettir l'ex-

(1) Notamment Alciat, *tract. de Præsumpt.*, part. 11, nos 11 et 12, qui s'exprime ainsi : *Et si directa probatio regulariter non admittatur contra præsumptionem juris et de jure, admittatur indirecta, quia, cùm lex requirat certas qualitates et circumstantias ad hanc præsumptionem constituendam, semper admittantur probationes, quod non sit talis casus, vel non sit aliqua ex requisitis qualitatibus.*

mineur, demandeur en nullité du traité, à prouver qu'il n'y a pas eu, avant ce traité, un compte de tutelle rendu par le tuteur, avec la remise des pièces justificatives, puisque cette preuve eût été très-difficile dans beaucoup de cas, et même impossible dans plusieurs; c'eût été surtout l'obliger à prouver une négation pure, que de l'assujettir à justifier qu'il n'avait pas délivré de récépissé à ce sujet. Tandis que le tuteur peut facilement prouver, en produisant ce récépissé, que le traité a eu lieu suivant le vœu de la loi. Mais c'est là un cas d'exception, et il n'en reste pas moins vrai, en principe, que celui qui invoque une présomption légale, doit prouver qu'il est dans le cas prévu par la loi, et par conséquent que le fait sur lequel il la fonde, est celui que la loi a prévu, et que ce fait s'est réalisé : d'où il suit que tant que cette preuve n'est pas faite, l'adversaire n'a rien à prouver, et que dès qu'elle est faite, celui-ci ne peut combattre la présomption par une preuve contraire, dans les cas où, sur le fondement de cette présomption, la loi annule l'acte; à moins, ainsi que le dit notre article, qu'elle n'ait réservé cette preuve. Mais nous le répéterons, nous ne voyons pas qu'elle l'ait réservée dans ces mêmes cas; si elle l'a fait, c'est assurément bien rarement.

414. La seconde limitation, *sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires,* ne présente pas moins d'obscurité et de doute, appliquée, comme elle l'est par l'article, aux cas où la loi, sur le fondement de la présomption, annule certains actes ou dénie l'action en justice.

Quels sont donc, en effet, ceux de ces cas dans lesquels celui à qui on oppose la nullité d'un acte, ou à qui la loi dénie l'action en justice, pourrait déférer le serment à l'autre partie, et la faire interroger sur les faits de la cause?

Voyons d'abord quelques-uns des cas où la loi dénie l'action en justice, ou ne l'accorde qu'en donnant à l'autre partie une exception péremptoire pour en repousser les effets.

Lorsqu'il est intervenu un jugement définitif passé en force de chose jugée entre deux personnes sur tel ou tel objet, il est clair que la partie qui a succombé ne pouvant plus renouveler la contestation, il n'y a plus lieu pour elle à déférer le serment à l'autre partie sur le fait qui a été jugé, ni à la faire interroger sur ce fait dans une nouvelle instance; car, si elle le pouvait encore, par la même raison elle le pourrait toujours, et les procès n'auraient pas de fin. Ainsi la limitation ne peut s'appliquer à ce cas.

Celui qui demanderait le payement d'une dette de jeu pour laquelle la loi n'accorde pas d'action, ne pourrait évidemment, non plus, déférer le serment sur le fait de cette dette, puisque, fût-elle avouée, il ne serait pas en droit d'en exiger le payement. Le tribunal devrait d'office le déclarer purement et simplement non recevable dans sa demande, attendu *qu'il n'avait pas d'action en justice.* (Art. 1965.)

Dans le cas où la prescription ordinaire de trente ans est acquise à un débiteur, on ne peut pas non plus lui déférer le serment, ni le faire interroger sur le fait de savoir si la dette a été éteinte. Ce n'est pas toutefois que, suivant nous, l'on doive dire en principe, avec M. Toullier, que *la loi dénie l'action en justice* dans ce cas; car elle la dénie si peu, qu'elle a formellement interdit aux juges de suppléer d'office le moyen de la prescription (art. 2223); elle a seulement donné une exception au défendeur, au moyen de laquelle il *peut rendre l'action inefficace,* en opposant la prescription. Mais comme cette prescription n'est pas fondée uniquement sur la présomption de payement, qu'elle l'est aussi sur le motif qu'il fallait assurer la tranquillité des familles, prévenir les nombreux procès qui auraient nécessairement eu lieu sans cela, et qu'ainsi l'on a voulu punir le créancier de sa trop grande négligence à demander ce qui lui était dû, il résulte de la prescription une présomption absolue que la dette est éteinte; sauf à la partie à laquelle cette prescription est opposée, à déférer à l'autre le serment sur le fait de savoir si elle n'a pas été interrompue par la reconnaissance de la dette avant qu'elle fût accomplie, et à la faire interroger sur ce fait; car alors ce serait seulement la question de savoir si la prescription a lieu ou non.

Tandis que lorsqu'elle n'est fondée que sur la supposition que l'obligation a été acquittée comme dans les cas prévus à l'article 2275 du

Code civil et à l'article 189 du Code de commerce, le demandeur peut déférer le serment au défendeur pour qu'il ait à affirmer s'il a payé la dette; et, par la même raison, il peut le faire interroger sur faits et articles. Mais précisément puisque la loi, dans ces cas, réserve spécialement au créancier le droit de déférer le serment au débiteur, on ne peut pas dire avec exactitude qu'elle déniait l'action en justice; et, d'un autre côté, on doit conclure de là que lorsque c'est la prescription trentenaire qui est opposée, il n'y a pas lieu à déférer le serment à celui qui l'oppose, ni à le faire interroger sur le fait de la dette.

On pourrait encore donner d'autres exemples de cas où il n'y a pas lieu à déférer le serment, parce que la loi dénie l'action en justice, ou, ce qui revient au même dans sa pensée, ne l'accorde qu'en accordant en même temps à l'autre partie une exception péremptoire, pour en repousser les effets d'une manière absolue; mais nous reviendrons sur ce point en traitant *du Serment.*

415. La limitation résultant de ces mots, *sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires*, ne pouvant donc s'appliquer à ces cas, il n'y a plus que les actes que la loi, sur le fondement d'une présomption, déclare nuls, qui puissent être l'objet de cette limitation; et c'est là principalement qu'est le point de la difficulté que présente la rédaction de la seconde partie de notre article.

Dans les cas, par exemple, de dispositions déclarées nulles par la loi, comme présumées faites à des incapables de recevoir du donateur ou testateur, par le moyen de personnes interposées, le serment peut-il être déféré par le donataire ou légataire à l'héritier du disposant, pour qu'il ait à déclarer s'il n'estime pas en son âme et conscience que c'est bien à lui, et non à l'incapable, que le donateur ou testateur a voulu donner? Peut-il le faire interroger à cet égard? Il est bien certain qu'il ne peut faire la preuve contraire à la présomption, puisque la loi ne l'a pas réservée dans ce cas; mais ce n'est pas de la preuve contraire qu'il s'agit, c'est seulement du serment et de l'aveu judiciaires.

Si l'on doit décider la question par la négative, dans ce cas et autres semblables où la loi, sur le fondement d'une présomption, annule l'acte sans réserver la preuve contraire, ces expressions, *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires,* n'auront réellement aucun sens, aucune application, puisque, ainsi que nous venons de le démontrer, elles n'en peuvent avoir quant aux cas où *la loi dénie l'action en justice.* Or, dira-t-on, il est impossible d'entendre une loi de manière à ce qu'elle ne produise aucun effet. D'ailleurs le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (article 1358), encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. (Art. 1360.)

Toutefois nous ne saurions le penser ainsi : nous croyons que cette limitation ne doit s'appliquer qu'aux cas seulement où la loi n'a point, sur le fondement de sa présomption, prononcé elle-même la nullité de l'acte, ou dénié l'action en justice, et que ce n'est que par une inattention de la part des rédacteurs du Code, qu'elle se rapporte, dans l'article, aux cas contraires.

En effet, dès que la loi, sur le fondement de la présomption, a prononcé *la nullité* d'un acte, et qu'elle n'a point réservé la preuve contraire à la présomption, c'est qu'elle a voulu établir une nullité absolue; or, une nullité de cette sorte ne peut pas plus être combattue par la délation du serment que par une preuve contraire, d'autant mieux que la délation du serment est elle-même une sorte de preuve, qu'elle tient du moins lieu de preuve.

En vain objecterait-on que la loi n'a déclaré nulle une donation faite à un individu réputé par elle personne interposée, que parce qu'elle a présumé que cette donation était faite en réalité à un incapable, mais que dès qu'on a la certitude du contraire, par le refus de la partie qui oppose la nullité, de prêter le serment qui lui est déféré, le motif de la loi n'étant plus applicable, la nullité ne doit pas avoir lieu; on répondrait que la loi, en cette matière, ne s'est pas déterminée par ce qui pourrait arriver quelquefois dans le cas qu'elle a prévu, mais bien par ce qui arrive le plus ordinairement, et c'est la raison pour laquelle elle n'a réservé

aucune preuve contre sa présomption et contre les effets qu'elle y a attachés.

Nous aurions voulu qu'elle eût réservé cette preuve (1), en en déterminant toutefois les conditions d'une manière sévère, afin que ses dispositions ne pussent être éludées; mais enfin elle ne l'a pas fait.... Elle a prononcé la nullité d'une manière absolue; et cependant, dans tel ou tel cas, la preuve contraire aurait pu, tout aussi bien que le refus de prêter le serment, démontrer que le donateur a réellement voulu donner au donataire en nom dans l'acte, et non pas à l'incapable.

Et c'est ainsi que la loi a généralement procédé quand, sur le fondement d'une présomption, exprimée ou non dans la disposition, elle a annulé certains actes. Elle est partie de la règle du droit romain : *Ad ea potiùs debet aptari jus quæ et frequenter et facilè, quàm quæ perrarò eveniunt.* (L. 5, ff. *de legibus.*)

Casa-Regis, dont les rédacteurs du Code, ainsi que l'observe très-bien M. Toullier, semblent avoir consacré la doctrine, dans la seconde partie de notre article 1352, dit d'une manière générale que lorsqu'une loi ou un statut local annule quelque acte, dans la vue de prévenir les fraudes auxquelles il pourrait donner lieu, l'acte est nul lors même qu'il serait *constant* qu'il a été fait sans fraude, par cela seul qu'il pouvait s'en commettre : *Ubi aliqua lex vel statutum annulans aliquem actum, editum fuit ad removendas omnes fraudis occasiones, comprehendit etiam casum in quo constaret nullam fraudem fuisse commissam; quia lex aut statutum providens in genere ad obviendas fraudes, non est restringendum ad eos casus tantùm in quibus fraus commissa est, sed ad omnes alios extenditur in quibus, licet nulla fraus commissa fuerit, committi poterat.* (*Disc.* 8, nº 12, tome I, page 50, édition de Florence, 1719.)

C'est sur la présomption qu'un interdit pour démence ne jouissait pas de sa raison au moment où il a passé des actes, que la loi les annule de plein droit (art. 502); et certainement celui qui a traité avec l'interdit ne serait pas admis à prouver, contre cette présomption, que l'interdit jouissait de sa raison au moment de l'acte, qu'il était dans un intervalle parfaitement lucide. Il ne pourrait pas davantage déférer le serment sur ce point à l'interdit lui-même, qui demanderait la nullité de l'acte après avoir été relevé de l'interdiction.

Et quoique de nombreux exemples attestent que la maturité de raison a devancé chez des êtres privilégiés l'époque ordinaire où la loi la *présume* complétement formée, l'acte passé par un individu durant sa *minorité légale* ne serait pas moins rescindable pour cause de lésion, encore que l'autre partie alléguât que l'individu avec lequel il a traité ne doit pas être considéré comme un mineur ordinaire, attendu les preuves évidentes qu'il avait déjà données de sa rare intelligence, au temps où il a consenti l'acte dont il s'agit. Un Pic de la Mirandole, par exemple, dont les vastes connaissances, l'esprit et la raison furent si précoces, aurait pu demander comme tout autre, et dans les mêmes cas, la rescision ou la nullité de l'acte qu'il eût fait en minorité. Pourquoi cela? c'est parce que la loi, quand il s'est agi de régler la capacité des personnes, n'a pu procéder que par des dispositions générales, applicables par conséquent à tous les individus qui se trouveraient dans la classe de ceux qu'elle a eus en vue; elle n'a pu suivre chacun d'eux en particulier.

Dans le cas prévu à l'art. 1597 du Code, le juge ou l'avocat qui s'est rendu cessionnaire d'un droit litigieux offrirait vainement, pour échapper à la nullité prononcée par cet article, de prouver qu'il n'a point accepté la cession dans de mauvais desseins, qu'elle ne nuira en rien au débiteur; il lui déférerait aussi en vain le serment sur ce point : la loi prononce la nullité de la manière la plus absolue; et l'on citerait une foule de cas semblables.

Aussi la disposition de l'art. 1358, portant que le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, n'est pas tellement absolue qu'elle ne souffre aucune exception; elle en souffre au contraire plusieurs, que nous expliquerons quand nous analyserons cet article; elle ne s'applique pas, notamment, aux cas où, comme dans l'espèce, l'acte étant nul d'après la loi, il ne s'agit point de faire la

(1) C'est ce que nous avons déjà dit, au tome VIII, nº 268.

preuve des dispositions et conventions qu'il renferme; car ne perdons point de vue que le serment n'a été institué que comme un moyen de preuve.

416. En résumé, 1° celui qui a une présomption légale en sa faveur est dispensé de prouver la conclusion que la loi en tire relativement au fait inconnu; il est seulement tenu de prouver que la présomption existe et qu'elle s'applique à lui;

2° Lorsque la loi, en établissant une présomption, n'annule point un acte, sur le fondement de cette présomption, et ne dénie pas non plus l'action en justice, la preuve contraire est généralement de droit; elle ne serait écartée qu'autant que la loi l'aurait exclue; sinon elle a lieu soit que la loi l'ait ou non spécialement réservée; mais elle ne s'administrera que conformément aux règles sur les preuves;

3° Dans les cas où la loi, sur le fondement d'une présomption, exprimée ou non, dénie l'action en justice, ou donne au défendeur une exception qui la rend absolument inefficace, comme la prescription ordinaire, généralement la preuve contraire à la présomption n'a pas lieu; elle n'a lieu que lorsque la loi l'a réservée; mais alors c'est que la loi ne dénie réellement pas l'action en justice;

4° Dans les cas où la loi annule l'acte sur le fondement de la présomption, on ne voit pas qu'elle ait réservé la preuve contraire; seulement la partie à qui la nullité est opposée peut combattre l'*allégation* de la présomption, en prouvant que ce n'est pas le cas prévu par la loi; et c'est même généralement à celui qui invoque la présomption, à prouver qu'elle existe et qu'elle s'applique à lui : jusqu'à cette preuve, l'autre partie n'a rien à dire;

5° Dans ces mêmes cas, ainsi que dans ceux où la loi dénie l'action en justice, ou ne l'accorde qu'avec une exception péremptoire au profit de l'autre partie, généralement le serment même ne peut être déféré pour combattre la présomption, et écarter ainsi la nullité; et il n'y a pas lieu non plus à l'interrogatoire sur faits et articles : s'il y a des exceptions, elles sont rares. La restriction relative au serment et à l'aveu judiciaires n'est guère applicable qu'aux autres cas de présomptions légales; mais elle l'est à ces cas lors même que la loi n'a pas spécialement réservé la preuve contraire; c'est même l'hypothèse que l'on a eue en vue dans l'article, et que l'on n'a malheureusement pas exprimée clairement, tant s'en faut.

417. Cela posé, voyons maintenant les cas où la présomption légale existe.

Nous traiterons dans un paragraphe particulier de l'autorité de la chose jugée, matière qui exige des développements étendus.

Et nous parlerons ensuite des présomptions abandonnées à la sagesse du magistrat.

§ Ier.

Des présomptions établies par la loi.

SOMMAIRE.

418. *Texte de l'art.* 1350.
419. *Actes de donation que la loi regarde comme faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité.*
420. *Actes faits par un débiteur failli, et annulés sur le fondement de la même présomption, mais quelques-uns avec certaines restrictions.*
421. *Cessions de droits litigieux présumées faites en vue de nuire ou comme pouvant nuire à la partie sur laquelle elles sont faites.*
422. *La disposition de l'article* 472 *est aussi fondée sur une présomption légale.*
423. *Il en est de même de la prohibition du contrat de vente en général entre époux.*
424. *Et de la disposition de l'art.* 2078.
425. *Exemples de quelques cas où la loi fait résulter la propriété de certaines circonstances déterminées.*
426. *Présomptions de propriété résultant de la possession.*
427. *La prescription à l'effet d'acquérir la propriété peut bien être aussi considérée comme fondée sur une présomption.*
428. *L'art.* 1402 *contient aussi une présomption légale relative à la propriété.*

418. La présomption légale, avons-nous dit, est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont, porte l'article 1350 :

« 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme » présumés faits en fraude de ses dispositions, » d'après leur seule qualité ;

» Les cas dans lesquels la loi déclare la pro- » priété ou la libération résulter de certaines » circonstances déterminées ;

» 3° L'autorité que la loi attribue à la chose » jugée ;

» 4° La force que la loi attache à l'aveu de la » partie ou à son serment. »

Nous parlerons au paragraphe suivant de l'autorité de la chose jugée ; dans les deux sections ci-après, nous traiterons de l'aveu de la partie et de son serment. Ici nous allons rappeler les principaux cas auxquels s'appliquent les deux premières dispositions ci-dessus.

419. La loi regarde comme faites en fraude de ses dispositions, les libéralités faites par actes entre-vifs ou par testament, aux père et mère, aux enfants et descendants, ou au conjoint d'une personne incapable de recevoir du donateur ou testateur : en conséquence, elle les déclare nulles. (Art. 911.) Elle *présume* qu'elles ont été faites au profit de l'incapable lui-même, par le moyen de l'une de ces personnes, qu'elle suppose avoir été interposée pour recevoir le don et le lui remettre, ou n'avoir été choisie par le disposant qu'en considération seulement de l'incapable : quoiqu'il pût d'ailleurs très-bien se faire, dans tel ou tel cas, que ce fût en réalité à la personne en nom dans l'acte que l'on ait voulu donner. Mais telle est la rigueur de la disposition de la loi, que, s'étant déterminée par ce qui arrive le plus communément, et non par ce qui peut avoir lieu dans quelques cas extraordinaires, elle a annulé la donation ou le legs, sans réserver la preuve contraire à la présomption sur le fondement de laquelle elle a porté sa décision ; en sorte que cette preuve ne pourrait avoir lieu. (Art. 1352.) Plusieurs personnes se trouvent ainsi atteintes d'une incapacité de recevoir dont la cause réelle n'était peut-être point en elles-mêmes.

L'art. 1100 nous offre une semblable disposition : la donation entre-vifs ou par testament faite par un époux ayant enfants d'un précédent mariage, aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, est réputée faite à personne interposée, ainsi que celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux serait héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.

Nous avons analysé ces dispositions au titre *des donations et testaments*, tome VIII, nos 266 et suiv., et tome IX, nos 828 et suiv. ; et nous avons fait remarquer qu'il ne doit y avoir d'annulé que ce que le donateur ou testateur ne pouvait donner à l'incapable ; qu'on doit maintenir le don jusqu'à concurrence de ce qu'il pouvait lui donner ; car, tout ce qu'on peut dire, c'est que la donation est faite à l'incapable lui-

même ; c'est même ce qui est légalement présumé : or, *utile per inutile non vitiatur.*

420. Sont pareillement regardés comme faits en fraude des dispositions de la loi, et en conséquence sont déclarés nuls et sans effet relativement à la masse des créanciers, tous actes translatifs de propriétés immobilières faits par le failli, à titre gratuit, dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite. (Art. 444 du Code de comm.)

Les actes du même genre à titre onéreux sont seulement susceptibles d'être annulés, sur la demande des créanciers, s'ils paraissent aux juges porter des caractères de fraude. (*Ibid.*)

Et tous actes ou engagements pour faits de commerce, contractés par le débiteur dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, sont *présumés* frauduleux quant au failli ; ils sont nuls lorsqu'il *est prouvé* qu'il y a eu fraude de la part des autres contractants. (Article 445, *ibid.*) Ainsi, il n'y a point de présomption à leur égard, il n'y en a qu'à l'égard du failli ; et comme cette présomption est simple, que la loi n'exclut pas la preuve contraire, nul doute que le failli ne pût prouver qu'il n'a point fait les actes ou contracté les engagements dont il s'agit, en vue de faire fraude à ses créanciers. Toutes sommes payées dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, pour dettes commerciales non échues, sont rapportées (art. 446, *ibid.*), parce qu'elles sont *présumées* payées en fraude des droits de la masse des créanciers, par connivence ou faveur.

Voyez ce qui a été dit au tome X, chap. III, sect. 6, § 5, relativement aux actes ci-dessus.

421. La cession des droits litigieux au profit de l'une des personnes désignées dans l'article 1597, et dans les cas prévus à cet article, est légalement présumée acceptée en vue de nuire ou comme pouvant nuire à la partie sur laquelle le droit est cédé : aussi est-elle nulle. Dans les cas des art. 1699 et 1700, et sous les limitations portées à l'art. 1701, il y a aussi présomption légale que la cession peut nuire à la partie débitrice du droit litigieux, et cette partie peut s'en faire tenir quitte moyennant le remboursement du prix de la cession.

422. C'est aussi, comme nous l'avons dit précédemment, en vue de prévenir les fraudes, que la loi, dans l'art. 472, déclare nul tout traité intervenu entre un mineur devenu majeur, et son tuteur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant ce traité. Si ces formalités n'ont point été remplies, le traité est présumé fait en fraude du mineur devenu majeur, et en conséquence il est nul, nonobstant toute preuve contraire à la présomption.

423. Les ventes faites entre époux, hors les cas exceptés par l'art. 1595, sont présumées faites en vue de procurer des avantages indirects ; et cet article disant qu'elles ne peuvent avoir lieu que dans ces mêmes cas, il s'ensuit que hors de là elles sont nulles. Il y aurait toutefois à examiner si elles ne sont pas au moins valables jusqu'à concurrence de ce dont l'époux qui a procuré l'avantage à l'autre, pouvait disposer à son profit ; mais ce n'est point ici le lieu de discuter cette question.

424. L'article 2078 porte que le créancier ne peut, à défaut de payement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en payement, et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères ; toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. Ces dispositions ont pour objet de prévenir les fraudes ; elles sont fondées sur la présomption que le débiteur, pressé par ses besoins, consentirait à des clauses qui lui deviendraient funestes, dans l'espoir qu'il pourrait se libérer à l'échéance et retirer son gage, espoir qui serait souvent déçu.

On donnerait encore d'autres exemples de cas où la loi, sur le fondement de sa présomption, annule l'acte ; sans réserver non plus la preuve contraire ; mais ceux-là suffisent.

425. Quant à ceux dans lesquels *elle déclare la propriété résulter de certaines circonstances déterminées*, on peut donner pour exemple le cas prévu à l'art. 654 du Code civil, suivant lequel il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné; et lors encore qu'il n'y a que d'un côté un chaperon ou des filets ou corbeaux de pierre qui y ont été mis en bâtissant le mur. Dans ces cas le mur est *censé* appartenir exclusivement à celui des voisins du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux ou filets. Le fait connu dans cette espèce, c'est le plan incliné, l'égout, les corbeaux ou les filets d'un seul côté; le fait inconnu, c'est la propriété exclusive; et ce fait connu entraîne la conséquence du fait inconnu.

Mais cette présomption, qui fait fléchir celle de mitoyenneté établie dans l'article précédent, peut elle-même être détruite par une preuve contraire résultant de titres qui établiraient la mitoyenneté, ou même la propriété exclusive en faveur de l'autre voisin (1).

Les articles 666 et 670 renferment des présomptions de même nature.

426. La possession légale établit une présomption de propriété, qui, pour les immeubles ne peut être détruite qu'au pétitoire. Aussi est-elle d'une grande importance, puisqu'elle rejette sur l'adversaire le fardeau de la preuve de propriété. Et celui qui possède est censé posséder pour lui, jusqu'à preuve du contraire; comme, en sens inverse, celui qui a commencé à posséder pour autrui est censé avoir continué de posséder au même titre, jusqu'à preuve contraire. (Art. 2230 et 2231.)

La possession des meubles vaut titre, d'après l'art. 2279; ce qui veut dire titre de propriété, et qui exclut la revendication, sauf les cas de perte ou de vol du meuble (art. 2279 et 2280), et sauf aussi celui où la possession serait de mauvaise foi. (Art. 1141.) Mais la bonne foi est toujours présumée. (Art. 1116 et 2268.)

(1) *V*. tome V, n° 311.

427. La prescription à l'effet d'acquérir un immeuble peut bien aussi être considérée comme fondée sur une présomption de propriété résultant de certaines circonstances déterminées. Ces circonstances, dans la prescription de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents, sont le juste titre, la bonne foi, qui est toujours supposée jusqu'à preuve du contraire, et la possession pendant le temps déterminé par la loi (art 2265, 2266 et 2268 combinés); et dans la prescription de trente ans, la seule possession, pourvu qu'elle soit continue, non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire. (Articles 2229 et 2262 combinés). On peut bien en effet supposer que le maître de la chose l'a abandonnée.

428. Lorsque deux époux sont mariés sous le régime de la communauté, tout immeuble possédé par eux est *réputé* acquêt de communauté, s'il n'est *prouvé* que l'un d'eux en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou de donation (art. 1402), ou qu'il l'a reçu en échange ou acquis en remploi de l'un de ses propres qui a été aliéné. Et cela a lieu soit que la communauté fût réduite aux acquêts, soit qu'elle fût communauté ordinaire, ou légale.

429. Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, *sont présumés* faits par le propriétaire, à ses frais, et *lui appartenir*, si le contraire n'est *prouvé*; et sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise, ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment. (Art. 553.)

Et la propriété du sol *emporte* la propriété du dessus et du dessous (art. 552), sauf preuve contraire, comme il vient d'être dit à l'égard d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, et le cas où les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs (art. 664), ainsi que ce qui est relatif aux mines.

430. Les circonstances déterminées qui éta-

blissent une présomption de libération, sont la remise volontaire du titre original sous seing privée par le créancier au débiteur; cette présomption a même le caractère de *preuve*. (Article 1282.)

La remise volontaire de la grosse du titre fait *présumer* le payement ou la remise de la dette, mais sans préjudice de la preuve contraire. (Art. 1283.)

Et même dans le premier cas, le créancier peut détruire la présomption, et par suite la preuve de la libération résultant de la possession du titre par le débiteur, en prouvant que cette possession n'est que le résultat d'une fraude ou d'une surprise de la part de ce dernier ou d'un tiers, ou de la perte du titre. Voyez ce qui a été dit à cet égard, au tome précédent, n[os] 361 et suiv.

431. L'article 1908 contient aussi une présomption de libération; il porte que la quittance du capital donnée sans réserve des intérêts en fait *présumer* le payement, et en opère la libération. Toutefois, comme ce n'est là qu'une simple présomption qui n'est point du nombre de celles sur le fondement desquelles la loi annule certains actes, ou dénie l'action en justice, et que l'article n'exclut point la preuve contraire, cette preuve, d'après ce que nous avons dit au paragraphe précédent, pourrait avoir lieu, et le serment pourrait être déféré. La preuve contraire pourrait très-bien résulter d'un acte ou d'une lettre, où le débiteur reconnaîtrait qu'il doit encore les intérêts, et que c'est à raison de telle ou telle circonstance qu'il a demandé et que le créancier lui a donné une quittance, sans en faire la réserve.

432. La loi 24, ff. *de probationibus*, établit une présomption de libération tirée du fait qu'un billet est barré ou biffé; elle réserve toutefois au créancier la preuve que la dette existe encore, nonobstant cette circonstance : comme serait le cas où il prouverait d'une manière évidente que c'est un tiers qui a barré le billet, ou que c'est par erreur, par méprise, qu'il l'a barré lui-même, voulant en barrer un autre qui était acquitté; ou bien qu'il l'a barré par suite d'une fraude du débiteur, ou parce que celui-ci lui avait annoncé un payement qu'il n'a pu réaliser. Par exemple, dit Pothier, si le créancier produisait une lettre, par laquelle le débiteur lui écrivait en ces termes : « Je vous » renvoie le billet que vous m'avez envoyé » barré, comptant sur la parole que je vous » avais donnée de l'acquitter; je suis au désespoir » de ne pouvoir la tenir en ce moment, etc., » nul doute qu'une semblable lettre ne détruisît la présomption de l'acquittement de l'effet, résultant de ce qu'il se trouve barré.

Le Code ne s'explique point sur cette présomption; il n'y aurait pas de difficulté, sans doute, à décider que le juge peut se déterminer par son secours dans le cas où la dette n'excéderait pas 150 francs; car c'est une présomption de fait très-grave de l'acquittement de la dette, quoique le billet n'ait pas été remis au débiteur. Mais ce n'est pas aujourd'hui une présomption légale, puisque le Code ne la consacre pas : or, le juge n'est autorité à se décider par le secours des présomptions abandonnées à sa sagesse, que dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales. (Article 1353.)

Et c'est par ce motif que nous avons décidé, au tome précédent, n° 370, que les circonstances mentionnées dans la loi *Procula*, 26, ff. *de probat. et præsumpt.*, et que l'on regardait anciennement comme constituant une présomption de *droit*, ne constitueraient aujourd'hui qu'une de ces présomptions laissées à la prudence du magistrat, qui ne pourrait par conséquent se décider par son secours que dans les cas seulement où la loi admettrait la preuve par témoins.

Si, en effet, après la mort d'une personne, l'on trouve parmi ses papiers un billet barré, ne doit-on pas supposer qu'elle a entendu faire remise de la dette, plutôt que de supposer qu'elle en a reçu le payement? car le débiteur qui paye un billet se le fait ordinairement rendre. Or, cette remise, non acceptée par le débiteur, et qui n'a pas eu lieu non plus dans la forme des legs, est-elle efficace? On peut soutenir que non, ainsi que nous l'avons démontré au tome précédent, n° 357 (1) où nous discu-

(1) Voir aussi tome VIII, n[os] 392 et suivants.

tons l'opinion de Barbeyrac, qui est pour la validité d'une remise même non acceptée par le débiteur, contre le sentiment de Pothier, qui pensait que l'acceptation est nécessaire lorsque la remise n'est pas faite par acte de dernière volonté.

Au surplus la question de savoir si de ce que le billet serait barré, il doit être présumé acquitté, dépendrait beaucoup des circonstances de la cause; mais nous ne croyons pas que ce soit là une présomption de droit aujourd'hui; ce serait toutefois un de ces cas où le juge peut déférer le serment à l'une ou à l'autre des parties, parce que ni la demande ni l'exception ne serait pleinement justifiée, ni totalement dénuée de preuve.

433. La loi 3, au Code, *de apochis*, consacrait aussi une présomption de droit de libération, mais sans réserver, comme la loi 24, ff. *de probat. et præsumpt.*, la preuve contraire. Elle décidait que les quittances de trois années consécutives de tributs ou impôts établissaient une présomption du payement des années précédentes.

Et quoiqu'elle n'eût été portée que pour les tributs et impôts, sa disposition fut néanmoins étendue, dans notre jurisprudence aux arrérages de rentes, soit foncières, soit constituées, soit viagères, aux loyers et aux fermages, et autres semblables dettes annuelles : attendu, disait-on, qu'il y a même raison que pour les impôts; qu'il est ordinaire d'exiger le payement des anciennes dettes échues avant d'exiger celui des nouvelles; qu'ainsi le payement des nouveaux arrérages, plusieurs fois répété, doit faire présumer celui des anciens, ou leur remise; enfin parce qu'on ne doit pas obliger les débiteurs de ces sortes de dettes, à peine de n'être pas libérés, de garder longtemps et en très-grand nombre des quittances qui peuvent facilement s'égarer (1).

Quelques auteurs pensaient même que la quittance d'une seule année suffit pour faire présumer le payement de toutes les précédentes; mais Pothier a combattu ce sentiment; et l'on ne peut même regarder aujourd'hui comme présomption de droit du payement des années antérieures, la représentation des quittances de trois années consécutives; il n'en peut résulter qu'une de ces présomptions abandonnées à la sagesse du magistrat, qui ne pourrait par conséquent servir à la décision de la contestation que dans les cas seulement où la preuve testimoniale serait admissible, sauf au débiteur à opposer la prescription établie par l'article 2277 pour les arrérages échus depuis cinq ans lors de la demande.

Mais il ne serait pas nécessaire qu'il y eût des quittances de trois années consécutives pour établir une présomption de cette nature; celles de plusieurs termes, celle même du dernier terme, donnée sans aucune réserve, pourrait, suivant les circonstances, fournir au juge une présomption grave, précise et concordante que tout ce qui est échu antérieurement a été payé.

Et si la quittance produite était conçue en termes généraux *pour loyers ou arrérages échus*, sans indication d'une année ou d'un terme auxquels elle se rapporterait, elle ferait preuve du payement de tous les termes échus à l'époque de sa date, parce qu'elles les comprendrait tous implicitement, suivant ce qui a été dit *suprà*, n° 226. Et si elle n'était pas datée, on suivrait les distinctions établies au même endroit.

Au lieu que lorsqu'elle est avec indication d'une année ou d'un terme, ou bien même simplement d'une somme qui formerait les arrérages d'une année ou d'un terme, alors elle s'applique seulement à cette année ou à ce terme; et comme ce n'est que par conjecture que l'on peut dire que les années ou les termes antérieurs ont été acquittés, le juge, qui n'en est pas certain, ne doit se déterminer par le secours de cette présomption que dans le cas seulement où la preuve testimoniale serait admissible, c'est-à-dire dans des cas où généralement la matière du litige est peu importante.

434. La prescription à l'effet de se libérer est aussi fondée sur une présomption de payement ou de remise de la dette; mais à cet égard il est besoin de distinguer.

(1) Perez, *ad Codicem*, tit. *de apochis;* et Pothier, *des obligations.*

Dans les cas où c'est la prescription ordinaire de trente ans qui est opposée, la présomption de la loi, comme nous l'avons dit plus haut, n'admet point de preuve contraire, parce que cette prescription a été établie aussi en vue de punir la négligence du créancier; et il n'y a pas même lieu, pour la partie à qui elle est opposée, à déférer le serment à celui qui la lui oppose, sur le fait de savoir si la dette a réellement été acquittée ou remise, ni à la faire interroger à cet égard sur faits et articles : la prescription a des effets absolus, si elle est réellement accomplie. Seulement le serment pourrait être déféré sur le fait de savoir si elle n'a pas été interrompue, à telle ou telle époque, par une reconnaissance de la dette, et la partie pourrait également être interrogée sur ce fait, parce qu'il ne s'agirait alors que de savoir si la prescription a lieu ou non, ce qui est un fait susceptible d'être combattu comme un autre. Mais si la prescription s'est effectivement accomplie, la dette est éteinte d'une manière absolue.

Au lieu que s'il s'agit seulement d'une dette du nombre de celles mentionnées dans les articles 2271 et 2272 comme la prescription n'est fondée dans ces cas que sur la présomption de payement, cette présomption peut être détruite par une preuve contraire résultant d'un compte arrêté, d'une cédule ou obligation, ou d'une citation en justice non périmée (art. 2174), et même d'une citation en conciliation suivie dans le mois d'une demande en justice, à compter du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation. (Art. 57, Code de procéd.)

Alors il n'y a plus lieu qu'à la prescription ordinaire de trente ans.

De plus, dans ces mêmes cas, le créancier peut déférer le serment au débiteur, sur le fait de savoir si la dette a réellement été payée; et il peut être déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. (Art. 2275, Cod. civ.)

Le serment peut également être déféré à ceux qui opposent la prescription de cinq ans sur la demande en payement de lettres de change et de billets à ordre souscrits par des négociants, marchands ou banquiers, ou pour faits de commerce; et il peut l'être aussi à leurs veuves, héritiers et ayants cause, pour qu'ils aient à déclarer qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû. (Article 189, Cod. de com.)

Par conséquent, dans ces divers cas, ceux à qui le serment peut être déféré, peuvent être interrogés sur le fait de la dette.

435. La loi a établi des présomptions dans d'autres cas que ceux qui sont exprimés dans l'article 1350 du Code civil; aussi cet article ne donne-t-il que comme exemples ceux qu'il énonce : *tels sont*, dit-il, etc.

436. C'est ainsi que suivant l'article 1er du Code, la loi *est réputée connue* de tous les citoyens dans le département de la résidence royale, un jour après celui de sa promulgation; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres entre la ville où la promulgation a été faite, et le chef-lieu de chaque département.

Le fait connu, c'est celui de la promulgation; le fait inconnu, c'est celui de savoir si tel ou tel citoyen a eu connaissance de la loi à l'époque où elle est réputée lui avoir été connue, et c'est là une présomption qu'aucun citoyen ne pourrait combattre en offrant de prouver qu'il n'a pas eu connaissance de la loi promulgée au jour où il était réputé la connaître.

437. Toutefois, si le Bulletin des lois n'avait pu parvenir dans ce délai en telle ou telle localité, à cause d'une invasion, d'une insurrection, ou de mesures sanitaires prises en temps de peste, ou de la destruction des ponts, qui ont été entraînés par des inondations, ce qui a retardé la marche du courrier, la raison ne permettrait pas que les citoyens de cette localité pussent être punis pour avoir contrevenu à une loi qu'ils ont été dans l'impossibilité de connaître.

438. Et, comme on l'a dit plus haut, l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari : le fait connu, c'est le mariage de la mère avec tel homme; le fait inconnu, c'est la paternité

de cet homme; mais la loi *présume* que la mère n'a point oublié ses devoirs d'épouse, qui lui commandaient la fidélité conjugale, parce que le crime ne se présume pas : d'où est résultée la *présomption* que l'enfant est né des œuvres du mari. Et cette présomption n'admet la preuve contraire que dans les cas spécifiés par la loi, et qui sont peu nombreux; hors de là, elle est inattaquable. (Art. 312 et 313.)

439. Les articles 720, 721 et 722 nous offrent aussi des exemples de présomptions légales; et l'article 784 nous en offre un autre, en disant que la renonciation à une succession *ne se présume pas.*

440. Il en est de même de l'art. 1082, suivant lequel la donation qui y est mentionnée, quoique faite au profit des époux seulement, ou de l'un d'eux, *est toujours présumée* faite au profit des enfants à naître du mariage, dans le cas du décès de l'époux donataire avant celui du donateur; mais cette présumption peut être écartée par une clause contraire dans le contrat de mariage : la loi ne s'y oppose pas.

441. Les bestiaux et ustensiles servant à la culture et à l'exploitation des terres, *sont censés* compris dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres (art. 1064); sauf clause contraire.

442. Toutes présomptions ont été expliquées en leur lieu : on peut recourir à ce qui a été dit à cet égard. Nous n'en citerons plus que quelques-unes.

443. L'acceptation d'une lettre de change *suppose* la provision; elle en établit même la *preuve* à l'égard des endosseurs. (Art. 117, Cod. comm.)

444. Les billets souscrits par un commerçant sont *censés* faits pour son commerce, et ceux des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics, sont censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y est point énoncée. (Art. 638, *ibid.*)

445. Un locataire répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que cet incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine. (Art. 1733, Code civil.) C'est qu'on présume, en quelque sorte, que l'incendie a eu lieu par son fait ou sa négligence, ou par le fait ou la négligence des personnes dont il est responsable : *quia plerùmque incendia culpâ fiunt inhabitantium.* (L. 3, § 1, ff. *de officio Præf. vigil.*)

Mais cette présomption, si c'en est une, n'est établie qu'en faveur du propriétaire; en sorte que le voisin dont la maison a été aussi brûlée ne pourrait l'invoquer : il devrait prouver que l'incendie a été causé par le locataire ou les personnes dont il doit répondre. Il en est de même entre deux propriétaires voisins dont les maisons ont été consumées par un incendie qui a éclaté chez l'un d'eux : l'autre ne pourrait obtenir d'indemnité qu'à la charge de prouver que c'est par le fait ou la faute du voisin que l'incendie a eu lieu (1). La raison de différence se tire de ce qu'entre le propriétaire et le locataire, il y a un contrat, qui oblige ce dernier à restituer la chose, ou à justifier du fait qui l'en dispense.

§ II.

De l'autorité de la chose jugée.

SOMMAIRE.

446. *L'autorité de la chose jugée est fondée sur une présomption légale.*
447. *Ce qu'elle produit en faveur du demandeur qui a obtenu le jugement.*
448. *Et en faveur du défendeur qui l'a lui-même obtenu.*
449. *Effet de la chose jugée dans le droit romain.*
450. *Conditions générales pour que l'autorité de la chose jugée ait lieu à l'égard de celui auquel on oppose le jugement.*
451. *Les jugements provisoires ne sont pas susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée.*

(1) *V.* tome VII, nº 593, et tome XII, page 181.

tion ne nuit pas au débiteur; et si c'est en faveur de la caution qu'il a été rendu, il profite au débiteur, sous certaines distinctions.

519. *Celui qui a été obtenu par l'un des débiteurs solidaires sur le serment par lui prêté sur le fait même de la dette, ou qui l'a déclarée payée ou prescrite, profite aux autres.*

520. *Celui qui est rendu contre l'un des débiteurs ne nuit pas aux codébiteurs.*

521. *Effet du jugement rendu pour ou contre l'un des créanciers solidaires.*

522. *Effet du jugement obtenu par un créancier hypothécaire troisième en date, contre le premier.*

523. *Et de celui obtenu contre l'un des deux possesseurs d'un fonds en commun.*

524. *Espèce singulière décidée par les lois romaines.*

525. *Le jugement rendu contre une personne comme héritier d'un tel, n'empêche pas cette personne de prétendre, quant à une autre cause, ou à l'égard des autres créanciers, n'être point héritier.*

526. *Quel est en matière de filiation l'effet de l'autorité de la chose jugée.*

527. *Suite.*

528. *Et en matière de servitudes.*

Observations générales.

446. L'autorité de la chose jugée est fondée sur une présomption légale que la chose décidée par le jugement est vraie.

Le jugement est en effet simplement déclaratif du fait en conséquence duquel il a été rendu, soit qu'il ait prononcé une condamnation, soit qu'il ait donné congé de la demande.

Ce peut bien n'être pas la vérité, car le juge est homme, il peut se tromper; mais sa décision est réputée par la loi vérité même : *Res judicata pro veritate accipitur* (1). Ce principe est un des plus solides fondements de la sosociété civile : autrement tout pourrait être remis sans cesse en question : les procès n'auraient pas de fin, et les familles n'auraient aucune sécurité. Si le juge a pu se tromper, il a pu aussi décider avec sagesse; et qui pourrait assurer qu'une nouvelle décision rendue par lui ou par un autre juge, serait meilleure? *Singulis controversiis singulas actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maximè si diversa pronuntiarentur : parere ergò exceptionem rei judicatæ, frequens est.* (L. 6, ff. *de except. rei judic.*)

447. L'autorité de la chose jugée produit, au profit du demandeur, si le jugement a été prononcé en sa faveur, le droit d'obtenir, par les voies d'exécution tracées par les lois sur la procédure, l'objet qui a fait la matière du procès. C'est ce qu'on appelle l'action *judicati.*

448. Si le jugement est rendu en faveur du défendeur, il en résulte une exception ou fin de non-recevoir, *exceptio rei judicatæ,* contre toute nouvelle demande qui serait formée contre lui pour le même objet et la même cause, de la part de son adversaire; et, sous ce rapport, l'autorité de la chose jugée est une manière dont s'éteignent les obligations.

449. Dans les principes du droit romain, le jugement rendu en faveur du demandeur produisait à son profit l'action *judicati;* et celui qui donnait congé au défendeur produisait l'exception *rei judicatæ ;* il ne libérait pas de plein droit le débiteur; l'action qui existait contre lui n'était point éteinte pour cela; il eût pu être actionné de nouveau ; mais le jugement lui donnait une exception, *exceptio rei judicatæ,* par le moyen de laquelle il repoussait toute nouvelle demande formée pour le même objet; en vertu de la même cause, et par la même personne ou son héritier. Mais ces principes sont étrangers à notre droit, et, dans le droit romain lui-même, cela se réduisait en définitive, du moins en général, à des questions de procédure.

450. Pour que l'autorité de la chose jugée

(1) Loi 207, ff. *de regul. juris.*

ait lieu, il faut le concours des circonstances suivantes :

1° Le jugement ne doit pas être susceptible d'être réformé par une des voies légales ordinaires, et il faut aussi qu'il n'ait pas été réformé par une des voies extraordinaires ;

2° Il faut que la chose qui est l'objet de la nouvelle demande soit la même que celle sur laquelle a statué le jugement ;

3° Que la nouvelle demande soit fondée sur la même cause que la première ;

4° Qu'elle soit entre les mêmes parties, leurs héritiers ou ayants cause, et formée par elles et contre elles dans les mêmes qualités. (Art. 1351 analysé et combiné avec les dispositions du Code de procédure.)

Expliquons successivement chacune de ces conditions : elles présentent plusieurs difficultés graves, et ce seul article 1351 du Code civil n'est que le résumé d'un grand nombre de décisions dans le droit romain.

Ire CONDITION : *Que le jugement opposé ne soit pas susceptible d'être réformé par les voies ordinaires, et qu'il n'ait point été réformé par aucune voie extraordinaire.*

451. Puisqu'il faut que le jugement ne soit pas susceptible d'être réformé par les voies ordinaires, il suit de là qu'un jugement provisoire ne peut jamais être considéré comme ayant acquis l'autorité de la chose jugée. (*Voyez* l'arrêt de rejet du 27 février 1811; Sirey, tome XII, part. I, page 249.)

452. A plus forte raison un simple jugement préparatoire, c'est-à-dire qui ordonne simplement un moyen d'instruction qui ne préjuge nullement le fond de la contestation (art. 452, Code de procéd.), ne peut non plus acquérir par lui-même l'autorité de la chose jugée : il ne le peut qu'avec le jugement définitif; car non-seulement le juge peut l'abolir de son propre mouvement, et ordonner un autre mode d'instruction qui lui paraîtra plus convenable (1), mais encore l'appel en est recevable avec l'appel du jugement définitif, quoiqu'il eût été exécuté sans protestations ni réserves. (Art. 451, C. proc.)

453. Quant aux jugements interlocutoires, qui sont également des *avant dire droit*, par lesquels le tribunal ordonne une preuve, une vérification ou une instruction, mais qui préjuge le fond (art. 452, *ibid.*), ils peuvent fort bien acquérir l'autorité de la chose jugée, si la partie y aquiesce ou n'en appelle pas dans les délais. Et ils diffèrent encore des simples jugements préparatoires, en ce qu'on peut en appeler avant le jugement définitif (art. 451, *ibid.*), et en ce que, renfermant un droit, un avantage pour la partie qui les a obtenus, le juge ne peut pas toujours les réformer pour prendre une autre voie d'instruction. Par exemple, lorsque le tribunal, sur la demande de l'une des parties, a ordonné une preuve testimoniale, nous croyons qu'il ne peut révoquer sa décision à cet égard. Il en serait autrement si, en conformité de l'art. 254 du Code de procédure, il avait ordonné d'office cette preuve. Nous parlerons plus loin des jugements interlocutoires *préjudiciels*.

454. Les jugements définitifs rendus par défaut n'ont point l'autorité de la chose jugée tant qu'ils sont susceptibles d'opposition, qu'ils soient ou non sujets à l'appel, n'importe.

455. Et quant aux jugements contradictoires légalement rendus en premier ressort seulement, ou que des juges, qui ne pouvaient prononcer qu'en premier ressort, ont omis de qualifier, ils n'ont acquis force de chose jugée que lorsqu'ils ne sont plus susceptibles d'appel, soit parce que la partie condamnée y a acquiescé, soit parce que le délai de l'appel est expiré, soit enfin parce qu'ils ont été confirmés sur l'appel.

Nous disons *légalement rendus en premier ressort*, car, quoique les juges eussent qualifié en premier ressort, ou eussent omis de qualifier, un jugement qui devait être rendu en dernier ressort, l'appel n'en serait pas pour cela recevable; comme, *vice versâ*, serait recevable l'appel d'un jugement que les juges ne

(1) L. 14, ff. *de re judicatâ.*

pouvaient rendre qu'en premier ressort seulement, et qu'ils auraient qualifié en dernier ressort, ou qu'ils auraient omis de qualifier (art. 453, C. proc.) sauf, en ce qui concerne l'exécution, les dispositions de l'art. 457, *ibid.*

456. Mais de ce qu'un jugement est susceptible d'opposition ou d'appel, et que, pour cette raison, il n'ait point encore acquis l'autorité de la chose jugée, qu'il *ne soit point passé en force de chose jugée,* il ne s'ensuit pas que la partie qui l'a obtenu ne puisse le mettre à exécution; elle le peut après l'expiration des délais fixés par la loi à cet effet (art. 155 et 450); sauf à la partie condamnée à arrêter l'exécution par son opposition (art. 161 et 162), ou par son appel, lequel, en principe, est suspensif. (Art. 457.) Il est même des cas où le juge est autorisé par la loi à prononcer l'exécution nonobstant l'opposition ou l'appel. (Articles 135, 155 et 457 précités.)

Mais ce droit de mettre à exécution ne fait pas que le jugement soit passé en force de chose jugée; cela ne peut se dire avec exactitude d'un jugement tant qu'il est susceptible d'être réformé par une des voies légales ordinaires, c'est-à-dire par l'opposition ou l'appel, mais bien seulement d'un jugement irréformable par les voies ordinaires.

457. Mais le pourvoi en cassation n'étant point suspensif en matière civile (1), le jugement ou l'arrêt contre lequel il a été formé n'en a pas moins l'autorité de la chose jugée, encore que le pourvoi ait été admis par la section des requêtes; il n'y a que la cassation de l'arrêt qui fasse perdre au jugement cet effet. Aussi le recours en cassation est-il une voie extraordinaire pour attaquer les jugements.

458. La requête civile en est une autre, et l'on n'attaque par cette voie que les jugements contradictoires rendus en dernier ressort, ou les arrêts de cours royales rendus sur l'appel de ces jugements, ainsi que les jugements, aussi en dernier ressort, ou arrêts, rendus par défaut, et qui ne sont plus susceptibles d'opposition. Et cette voie n'est ouverte qu'à ceux-là seuls qui ont été parties ou dûment appelés, et seulement pour les causes spécifiées par la loi. (Art. 480, C. proc.) Elle n'ôte point non plus au jugement ou à l'arrêt l'autorité de la chose jugée tant qu'il n'est pas rétracté; elle n'en suspend ni l'effet ni l'exécution, et nulles défenses de l'exécuter ne peuvent être accordées. Bien mieux, celui qui a été condamné à délaisser un héritage ne peut être reçu à plaider sur la requête civile, qu'en rapportant la preuve de l'exécution du jugement au principal (article 497); ce qui n'est pas exigé, même dans ce cas, pour l'admission du pourvoi en cassation. La requête civile se porte au même tribunal qui a rendu le jugement attaqué, et il peut y être statué par les mêmes juges. (Art. 490.)

459. La tierce opposition est aussi une voie extraordinaire pour se pourvoir contre les jugements. Elle est ouverte à celui aux droits duquel un jugement préjudicie, et qui n'y a point été partie ni par lui ni par ceux qu'il représente. (Art. 474.) La tierce opposition se forme donc par un *tiers,* et elle suppose généralement que le jugement attaqué par cette voie a été rendu en dernier ressort, ou que, rendu en premier ressort seulement, il se trouve passé en force de chose jugée; car s'il était encore susceptible d'appel, le tiers pourrait en appeler, puisque, d'après l'art. 466, il serait reçu intervenant sur l'appel; ce qui serait un véritable appel de sa part. Par la même raison, il pourrait y former opposition simple, si le jugement avait été rendu par défaut et que les délais de l'opposition ne fussent point encore expirés. Les voies ordinaires ne peuvent raisonnablement être refusées à celui à qui la loi en accorde une extraordinaire.

Mais comme l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties dans l'instance, par eux-mêmes ou par leurs auteurs, soit comme parties principales, soit comme parties intervenantes, et qu'ainsi ce n'est qu'à eux que le jugement peut être opposé, il est rare qu'on ait besoin de former tierce opposition à un jugement auquel on est étranger. C'est

(1) Sauf ce qui était établi par l'art. 265 du Code, pour la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil.

ce qui sera rendu plus sensible encore par le développement de la matière.

460. Ce que nous venons de dire des jugements s'applique en général aux sentences arbitrales; mais pour qu'elles produisent leur effet, il faut qu'elles soient rendues exécutoires par une ordonnance du président du tribunal. (Art. 1021, C. pr.) Si elles ne sont pas réformées, soit par voie d'appel, soit par voie de requête civile, soit par voie de nullité, ainsi qu'il est établi aux art. 1023, 1026 et 1028 du même Code, elles produisent l'autorité de la chose jugée et les effets qui y sont attachés.

Et elles ne peuvent en aucun cas être opposées à des tiers. (Art. 1022, *ibid.*)

IIe CONDITION : *Que la chose demandée soit la même que celle sur laquelle a été rendu le jugement.*

461. Mais pour que la chose doive être considérée comme la même, il n'est pas de rigueur qu'elle se trouve absolument dans le même état que celui où elle était lors de la première demande : l'identité n'est pas moins censée exister quoique l'objet ait subi depuis des modifications dans sa forme, sa qualité ou son étendue; car ce n'est qu'une identité *in individuo aut in jure* qui est requise : *Idem corpus in hâc exceptione* (*rei judicatæ*) *non utique omni pristinâ qualitate servatâ, nullâ adjectione, diminutione ve factâ, sed pinguiùs pro communi utilitate accipitur.* (L. 14, ff. *de except. rei jud.*)

462. De là si, après avoir formé demande en revendication de tel troupeau, et avoir succombé faute d'avoir pu prouver mon droit de propriété, je demande de nouveau le même troupeau, je serai repoussé par l'exception de la chose jugée, quoique ce troupeau se trouvât aujourd'hui composé de têtes qui n'en faisaient pas partie lors de la première demande, et qu'il y en eût plus ou moins qu'à cette époque ; car c'est le même *être*, le même troupeau. (L. 21, § 1 *hoc tit.*) Et je serais également repoussé quoique ma demande n'eût pour objet que certaines têtes déterminées de ce troupeau, si toutefois elles en faisaient déjà partie lors de la première demande (même loi); car elles y étaient implicitement comprises, la partie l'étant dans le tout : *In toto et pars continetur.* (L. 113, ff. *de regul. jur.*)

463. Cette règle s'applique, soit que la chose demandée d'abord consiste en un corps certain ou en une quantité, ou en un droit : *Nec interest, utrum in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in jure.* (L. 7, ff. *hoc tit.*)

L'exception aurait donc lieu si, après avoir demandé tel fonds ou tel domaine, et avoir été repoussée de sa demande, la même personne formait contre la même personne, sans une nouvelle cause, la demande d'une part de ce fonds ou de ce domaine, comme serait la moitié ou le quart; ou bien même une partie déterminée, comme serait ce qui se trouve au delà de tel sentier, ou une pièce de terre dépendante de ce domaine (L. 7, *hoc tit.*); ou si elle demandait un accessoire du fonds, comme seraient des arbres qui s'y trouvaient, quand même ces arbres seraient aujourd'hui abattus; ou une île située dans la rivière qui borderait le fonds (L. 7, § 1, et L. 26, § 1, *eodem tit.*); ou si après avoir demandé une hérédité, et avoir été repoussée, elle demandait des objets dépendants de cette même hérédité. (L. 3, *hoc tit.*)

Ou si après avoir demandé une somme de 1,000 fr. par exemple, ou deux objets déterminés, et avoir succombé, elle demandait 500 fr. ou l'un de ces objets, en vertu de la même cause, de la même stipulation;

Ou bien encore si, après avoir vainement prétendu que j'avais le droit d'envoyer paître un troupeau de cent têtes sur votre fonds, je prétendais ensuite avoir le droit d'en envoyer paître un de cinquante têtes;

Ou si après avoir prétendu d'une manière générale que vous vous êtes interdit de bâtir sur tel terrain, et avoir succombé, je prétendais ensuite que vous n'avez pas le droit de bâtir à moins de vingt pieds de mon fonds, etc., etc.

Dans tous ces cas, la chose demandée actuellement étant comprise dans la première demande, elle a par cela même été jugée, et il est né du jugement l'exception *rei judicatæ* contre la nouvelle demande, quoique cette nouvelle demande soit seulement d'une partie de ce qui faisait l'objet de la première.

464. Et, en sens inverse, si c'est une part qui a d'abord été demandée, par exemple la moitié, le quart, l'exception pourra également être opposée; car dès qu'il a été jugé que le demandeur n'avait pas même droit à une part de la chose, il a été jugé par cela même qu'il n'avait pas droit au tout, puisque le tout comprend la partie : or, s'il eût eu le tout, il aurait dû par cela même avoir la part qu'il avait d'abord demandée.

C'est par cette raison qu'Ulpien, dans la Loi 3, ff., à ce titre, dit que, si, après avoir demandé certaines choses d'une hérédité, et avoir succombé, la même personne demande à la même personne l'hérédité dans son ensemble, elle sera repoussée par l'exception *rei judicatæ;* comme elle le serait, *vice versâ*, si ayant d'abord demandé l'hérédité et ayant succombé, elle demandait certaines choses dépendantes de cette hérédité; ce qu'il faut toutefois entendre du cas où, dans les deux hypothèses, elle agirait, dans l'une et l'autre instance, en vertu du même titre ou de la même cause, comme héritier d'un tel.

465. Mais comme l'usufruit n'est point une part du domaine; qu'il en est distinct et séparé; que c'est seulement une charge imposée à la propriété, une servitude (1) (personnelle); il suit de là que le jugement qui a repoussé la demande que j'ai formée en revendication de tel fonds, et sur laquelle j'ai succombé, ne m'empêchera pas de former une demande de l'usufruit du même fonds quoique je n'aie point un nouveau titre. Car de ce que je n'ai pas prouvé que je fusse propriétaire, il ne s'ensuit point que je ne sois pas usufruitier : le véritable usufruit n'est point compris dans la propriété, il en est au contraire séparé, distinct. Telle est, sur la question, l'opinion de tous les docteurs.

La première partie du § 3 de la loi 21, ff. *de except. rei judicatæ,* paraît, il est vrai, contraire à cette décision, mais, en réalité, elle ne l'est pas. Le jurisconsulte Paul dit, dans ce texte, que si j'ai demandé tel fonds, et que j'aie succombé, et qu'ensuite je veuille demander l'usufruit de ce même fonds, *ususfructus fundi,* au même titre que celui d'après lequel je prétendais être reconnu propriétaire dans la première instance, je devrai être repoussé par l'exception *rei judicatæ.* Mais il ne s'agit point ici de l'usufruit proprement dit, de l'usufruit formel, séparé de la propriété; il s'agit de l'usufruit inhérent à la propriété, dont jouit le propriétaire lui-même, de l'usufruit appelé par les docteurs usufruit *causal*, et qui se trouve compris dans l'expression *fundus* employée seule, sans autre explication, du moins en plusieurs cas, usufruit, en un mot, qui fait partie de la propriété. Or, en demandant aujourd'hui cet usufruit, je demande une chose que j'avais déjà demandée, puisqu'il y était compris; je suis donc non recevable. Mais cela n'est point applicable au cas où je demande un véritable usufruit, celui qui est distinct et séparé de la propriété, usufruit que le maître de la chose a constitué au profit d'une autre personne.

Dans la seconde partie du même paragraphe, le jurisconsulte suppose que j'ai un droit d'usufruit sur tel fonds; que j'ai réclamé ce droit, mais que j'ai succombé, probablement faute de preuves; que j'ai ensuite acquis la propriété du fonds, et que depuis j'ai prétendu contre la même personne que l'usufruit de ce même fonds m'appartenait; et il décide que le jugement ne pourra m'être opposé, attendu que ce n'est point la même chose que je demande maintenant, l'usufruit primitivement demandé ayant cessé par l'effet de la confusion, et celui que je prétends avoir actuellement, je prétends l'avoir, comme dit le jurisconsulte, *jure proprietatis, et quasi ex causâ novâ rursùs meus esse cœpit.* Mais dans cette espèce, l'usufruit d'abord demandé était l'usufruit formel, celui que l'on a sur la chose d'autrui, le véritable usufruit; et celui qui a été prétendu ensuite, après l'acquisition de la propriété, c'est l'usufruit *causal.* Ici c'est le propriétaire qui intente l'action, appelée *négatoire,* par laquelle il prétend que

(1) *Ususfructus non dominii est pars, sed servitus, ut via et iter ; nec falso dici totum meum esse cujus non potest ulla pars dici alterius esse.* (L. 25, ff. *de verb. signif.*) Voyez ce que nous avons dit à cet égard au titre *de l'usufruit*, tome IV, nos 465 et suiv.

son adversaire n'a pas le droit d'usufruit sur ce fonds, tandis que celui-ci prétend l'avoir, et se fonde pour cela sur le jugement qui a été précédemment rendu à son profit, et duquel il résulte que le demandeur (qui est le même dans les deux instances) ne l'avait pas (1). Mais l'on sent que le droit sur lequel le demandeur fonde sa prétention n'est pas le même que dans la première instance.

466. Dans cette espèce, la Glose dit que celui qui a d'abord demandé l'usufruit, et qui a succombé dans sa demande, peut demander ensuite la propriété, sans craindre l'exception *rei judicatæ,* attendu qu'il ne demandera pas la même chose; et il paraît que par *propriété,* la Glose entend non-seulement la nue propriété, mais encore toute la propriété.

Cela n'est pas douteux dans le cas dont il s'agit, parce que le demandeur ayant acquis la propriété du fonds depuis le premier jugement, il se trouve avoir un nouveau titre; mais s'il n'en avait point, il y aurait plus de difficulté; car on pourrait dire qu'en demandant l'usufruit proprement dit sur le fonds dont il s'agit, il reconnaissait par cela même qu'il n'en était pas alors propriétaire, puisque *res sua nemini servit.* Personne ne prétend, en effet, avoir le *droit* d'usufruit sur la chose dont il est propriétaire. Donc, dira-t-on, la propriété ne peut plus être demandée par le même contre le même, sans un nouveau titre, sans une cause postérieure à la demande de l'usufruit.

Cependant tel n'est pas notre avis. Le premier procès n'a roulé que sur le droit d'usufruit, et le second a pour objet la propriété, avec ou sans la jouissance, peu importe : c'est donc une chose différente. La partie qui a d'abord demandé l'usufruit ignorait probablement avoir le droit de propriété, ou pouvait avoir des doutes à cet égard; ce qui répond à l'objection qu'elle a reconnu n'être pas propriétaire en demandant simplement d'abord l'usufruit. En effet, dans le sens de l'objection, il faudrait dire aussi que celui qui réclamerait la plus petite servitude sur un fonds possédé par un tiers, et qui succomberait dans sa demande, ne pourrait plus ensuite revendiquer la propriété de ce même fonds sans une nouvelle cause, quoiqu'il en fût réellement propriétaire au temps de la première demande; car ce qui serait décidé touchant le cas d'usufruit, devrait l'être aussi dans celui d'une servitude : or, les conséquences d'un tel système nous paraîtraient tout à fait dangereuses. On ne doit pas être aussi facilement censé renoncer à son droit de propriété, surtout quand il est possible qu'on ne sût pas positivement que ce droit existait lors de la demande de l'usufruit ou de la servitude : l'exception *rei judicatæ* ne doit pas s'étendre au delà de ce qui a été l'objet du procès ou de ce qui y était compris.

Si l'on devait entendre la loi 17, ff. *de except. præscript. et præjud.*, comme l'a entendue Pothier dans ses *Pandectes,* notre décision ne souffrirait aucune difficulté. Ce texte est ainsi conçu : *Sed si antè viam, deindè fundum Titianum petat : quia diversa corpora sunt, et causæ restitutionum dispares, non nocebit exceptio.* Et Pothier a cru que la servitude a d'abord été demandée sur le fonds Titien, qui a été ensuite lui-même l'objet d'une nouvelle demande formée par la même personne contre la même personne, sans une nouvelle cause ; *Non videtur,* dit-il en citant cette loi, *idem petere qui postquàm jus servitutis in aliquà re petiit, ipsam rem posteà petit.*

Mais il s'est trompé dans sa manière de l'interpréter. Cette loi se coordonne avec celle qui la précède. Elle contient bien, il est vrai, un cas où il s'agit de savoir si l'exception *rei judicatæ* a lieu ou non, et c'est ce qui a fait dire à Cujas, *Observ.*, v, 27, qu'elle appartenait plutôt au titre *de except. rei judicatæ,* qu'au titre *de except. præscript. et præjud.*, transposition qui a probablement induit Pothier en erreur. Mais, ainsi que le dit Cujas lui-même sur cette loi (2), elle ne statue pas moins dans l'espèce traitée dans la loi précédente; or voici quelle est cette espèce. Vous possédez le fonds Titien,

(1) *V.* Pothier, *ad Pandectas*, hoc tit., nº 6, et la Glose, sur cette loi, qui ne laisse aucun doute sur l'interprétation que nous en donnons.

(2) *Vide Comment. in* lib. LXX *Pauli ad Edictum.*

sur la propriété duquel il y a procès entre vous et moi, et je dis en outre qu'il est dû à ce fonds un passage par le fonds Sempronien, qui vous appartient sans contestation. Si je demande la servitude, vous pouvez me repousser par une exception préjudicielle, PER EXCEPTIONEM QUOD PRÆJUDICIUM PRÆDIO NON FIAT; c'est-à-dire par une exception qui a pour objet d'empêcher qu'on ne juge d'abord une question dont la solution en ma faveur préjugerait aussi en ma faveur la solution de celle qui est agitée entre vous et moi au sujet de la propriété du fonds Titien, pour lequel je demande cette même servitude. Car il est clair, dit le jurisconsulte Africain dans cette loi, que vous ne pouvez me devoir une servitude par le fonds Sempronien pour le fonds Titien, qu'autant que le fonds Titien sera jugé m'appartenir. Or, dans la loi, c'est sur le fonds Sempronien, et non sur le fonds Titien, comme l'a cru mal à propos Pothier, que la servitude est d'abord demandée; et Paul dit, dans ce texte, que le jugement qui a rejeté la demande ne fera point obstacle à celle qui aura ensuite pour objet le fonds Titien, parce qu'en effet de ce qu'il a été jugé que ce fonds n'avait pas de servitude sur le fonds Sempronien, il ne s'ensuit pas qu'il n'appartienne pas au demandeur. Ce qu'on a jugé, c'est une question de servitude prétendue sur le fonds Sempronien; et ce qui est prétendu maintenant, c'est la propriété du fonds Titien; ce n'est donc pas la même chose. Telle est l'explication claire et positive que Cujas donne de l'un et l'autre de ces textes.

Nous n'en pensons pas moins du reste, avec Pothier, que le rejet d'une demande de servitude sur tel fonds, n'empêche point la partie de se prétendre ensuite propriétaire de ce même fonds, sans être obligée d'invoquer pour cela un titre postérieur à la première demande.

467. Nous décidons également que celui qui a été déclaré mal fondé dans sa demande d'un usufruit sur tel immeuble, n'est pas pour cela non recevable dans celle qu'il forme ensuite d'un droit d'usage sur cet immeuble; car il ne demande point la même chose, ni une partie de celle qu'il avait d'abord demandée. Le droit d'usage est distinct du droit d'usufruit; il n'en est point une partie intégrante : le demandeur pouvait n'avoir pas le droit d'usufruit, et cependant avoir le droit d'usage.

On déciderait probablement le contraire dans le cas inverse, parce que, bien que le droit d'usage ne soit pas une part proprement dite du droit d'usufruit, néanmoins celui qui a l'usufruit a par cela même l'usage, tout de même que celui qui a le plus a le moins; or, si l'on a jugé que je n'avais pas même le droit d'usage, c'est-à-dire le droit de prendre des fruits dans tel fonds pour mes besoins personnels et ceux de ma famille, on a pour cela même jugé que je n'avais pas le droit de prendre tous les fruits de ce fonds.

Les jurisconsultes romains décidaient que celui qui avait demandé la servitude *iter*, et qui, ayant succombé, demandait ensuite la servitude *actus*, n'était pas non recevable (1), parce que la première servitude demandée était un droit distinct de l'autre; mais on pouvait avoir *actus*, sans avoir aussi implicitement *iter*: et l'on ne peut pas avoir l'usufruit sans avoir l'*émolument* du droit d'usage.

468. Si j'ai succombé au possessoire, rien ne m'empêche d'attaquer au pétitoire, parce que la propriété est une chose différente de la possession : l'une est de droit, l'autre est de fait. (L. 14, § 3, ff. *hoc tit.*) Je ne demande donc ni la même chose ni une partie de la même chose.

Mais en sens inverse, si j'ai d'abord attaqué au pétitoire, je ne puis plus revenir au possessoire (art. 26, Code de procéd.); je suis censé avoir reconnu que je n'avais pas la possession, ou y avoir renoncé. Je ne pourrais agir au possessoire qu'en raison d'une possession nouvelle.

469. Rien ne m'empêche, après avoir formé une demande d'intérêts dans laquelle j'ai succombé, d'en former une du capital, pourvu que je n'aie pas été écarté sur le fondement qu'il n'y avait point de capital, mais bien parce qu'il n'était pas dû d'intérêts dans l'espèce : ou parce

(1) L. 11, § 6, *de except. rei judicatæ*.

qu'ils avaient été payés, ou parce qu'ils étaient prescrits (1). (L. 23, ff. *hoc tit.*)

Il en serait autrement en sens inverse, puisqu'il ne peut être dû d'intérêts lorsqu'il n'y avait pas de capital dû.

470. Si je poursuis l'héritier de celui à qui j'ai confié un dépôt, à raison du dol de son auteur, et que je succombe, cela ne m'empêchera pas de le poursuivre à raison de son dol personnel; car c'est un autre fait, *de aliâ re agitur*. (L. 22, *vers.* ETSI, *hoc tit.*)

471. De ce que nous avons dit précédemment, que tel qui a été jugé n'avoir pas droit à une chose ne peut ensuite en demander une partie, il ne faut cependant pas conclure, dans tous les cas, que tel qui n'a pas droit à un tout, n'a pas droit non plus à une partie de ce tout; car si, ayant un cohéritier, qui possède toute la succession, j'intente contre lui la pétition d'hérédité pour le tout, parce que je prétends être seul héritier, et que ma demande soit rejetée en ce qui touche la part de mon cohéritier, rien ne m'empêchera de demander de nouveau ma part, si elle ne m'est pas relâchée volontairement par lui. Autre chose serait si, sur cette pétition d'hérédité, le défendeur avait lui-même contesté ma qualité d'héritier, et qu'il eût été jugé que l'hérédité lui appartenait en totalité. Mais dans la première hypothèse, ma part n'a été comprise dans la demande que *nomine tenùs;* elle ne faisait point partie de l'objet du litige, quoiqu'elle fît partie de l'hérédité dont j'ai demandé la restitution en totalité, parce que je prétendais qu'elle m'appartenait en totalité.

III[e] CONDITION : *Que la demande soit fondée sur la même cause.*

472. Dans le droit romain, l'on faisait, quant à l'application de cette condition, une distinction entre les actions en revendication et les actions personnelles; et Pothier et les autres auteurs l'ont généralement reproduite. Mais la disposition de l'art. 61-3° du Code de procédure, qui exige que l'exploit d'ajournement contienne l'objet de la demande et l'*exposé sommaire des moyens*, la rend généralement sans objet dans notre droit.

Dans les revendications intentées d'une manière générale, c'est-à-dire sans expression de la cause en vertu de laquelle la demande était formée, le jugement qui condamnait le demandeur, parce que celui-ci n'avait pu prouver son droit de propriété, s'opposait à ce qu'il pût former une nouvelle demande, à moins qu'elle ne fût fondée sur une cause née postérieurement à la première. (L. 11, § 1, ff. *hoc tit.*) La raison en était qu'une chose ne peut pas nous appartenir par plusieurs titres ou causes, parce qu'une fois que l'on est propriétaire d'un objet, on ne peut pas le devenir davantage : *quod meum est ampliùs meum fieri nequit*. Seulement si l'on perd la propriété, on peut l'acquérir de nouveau; mais ce n'est pas ce dont il s'agit. Or, en demandant la chose d'une manière générale, sans dire à quel titre il la demandait, le demandeur était censé la réclamer en vertu de la seule cause qui avait pu lui en conférer la propriété; donc ce n'était qu'une cause nouvelle qui pouvait légitimer une nouvelle demande contre la même personne pour le même objet. Mais s'il eût spécifié la cause de sa première demande, rien ne l'empêchait d'en former une nouvelle pour une autre cause même existante à l'époque du procès, car de ce qu'il n'était point propriétaire à raison de telle cause, il ne s'ensuivrait pas qu'il ne le fût point à raison de telle autre cause (L. 11, § 2, *hoc tit.*); et à plus forte raison en était-il de même si la cause de la nouvelle demande était postérieure à la première.

Au lieu que dans les actions personnelles, lors même que le demandeur avait formé sa

(1) * Le jugement portant condamnation au payement d'arrérages d'une rente constitue chose jugée sur les arrérages postérieurs et sur la débition du capital. (Liége, 24 avril 1833 : Rec., 12, 278.)

Lorsque la cour a adjugé une somme principale sans aucune mention des intérêts judiciaires, dont la demande n'était pas reproduite dans les conclusions qui ont précédé l'arrêt, elle ne peut accorder ultérieurement des intérêts judiciaires, si l'arrêt qui adjuge le principal est définitif et statue sur toutes les conclusions des parties. (Liége, 7 décembre 1826 : Rec., 10, 61.)

demande d'une manière générale, sans exprimer la cause, rien ne l'empêchait de demander encore la même somme ou la même chose à la même personne, sans être obligé pour cela de la fonder sur une cause née postérieurement à la première demande (1); car si une chose ne peut nous *appartenir* à plusieurs titres, rien n'empêche du moins qu'elle ne nous soit *due* par la même personne pour telle ou telle cause, comme vente, donation, etc. : *non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ità pluribus causis idem possit nostrum esse.* (L. 119, *de regul. juris.*) La même personne, en effet, peut me devoir 1,000 fr. pour une vente que je lui ai faite, ou pour une donation qu'elle m'a faite, ou pour un prêt, ou pour dommages-intérêts, etc. Or, quand je n'ai pas spécifié la cause de la demande que j'ai formée contre elle, on ne peut pas dire que la nouvelle que je forme est censée fondée sur la seule cause en vertu de laquelle je pouvais agir, puisque je pouvais en avoir plusieurs.

Cette distinction est formellement établie dans la loi 14, § 2, ff. *de except. rei judicatæ.* Mais comme nous l'avons dit, l'exploit d'ajournement devant, aux termes de l'art. 61 du Code de procédure, contenir l'exposé sommaire *des moyens,* à peine de nullité, le demandeur, quelle que soit l'espèce d'action qu'il intente, sera bien obligé d'énoncer la cause en vertu de laquelle il agira, et dès lors la distinction ci-dessus entre les actions en revendications proprement dites, et les actions personnelles, pour le cas où la demande a été conçue en termes généraux, sans spécifier la cause, devient généralement sans intérêt.

473. La découverte de pièces décisives, depuis le procès, et retenues par le fait de l'autre partie, donne ouverture à requête civile. (Article 480, n° 10, Cod. de procéd.) Mais si les pièces, même décisives, n'ont point été retenues par le fait de la partie adverse, il n'y a pas lieu à faire rétracter le jugement par cette voie, ni à le faire réformer en cassation, ni à intenter une action nouvelle (2).

474. Cependant il est de jurisprudence constante, attestée par Rodier sur l'ordonnance de 1667, au titre de la requête civile, et par un grand nombre d'auteurs, que si une partie condamnée par un jugement en dernier ressort, à payer une somme, retrouve la quittance du payement qu'elle avait fait, ou qu'avait fait son auteur, elle peut alors, sans recourir à la voie de la requête civile, produire cette quittance, et faire tomber le jugement; parce que, ainsi que le dit Duparc-Poullain, dans ses *Principes de jurisprudence* (tome X, pag. 161), les condamnations au payement s'entendent toujours par argent ou quittances.

Mais ce n'est là qu'une exception au principe ci-dessus. Elle ne souffrirait aucune difficulté si le jugement réservait expressément au défendeur toutes quittances; et il faudrait aussi décider la même chose, si ce dernier n'avait point allégué de payement. Le cas où il y aurait du doute, serait celui où le défendeur ayant allégué un payement, il aurait été condamné faute de produire la quittance, ne l'ayant point encore retrouvée. Cependant, même dans ce cas, le jugement devrait encore être considéré comme conditionnel dans son effet, c'est-à-dire, *à moins que le défendeur ne justifie du payement qu'il dit avoir fait;* en d'autres termes, il emporterait condamnation à payer *en deniers ou quittances* (3).

D'après cela, si le jugement se trouvait exé-

(1) LL. 11, § 2; 9, 17 et 18, ff. *de except. rei judic.*; et L. 30, ff. *de peculio.*

(2) *V.* à cet égard les lois 27, ff. *de except. rei jud.*; 4, Cod. *de re judic.*; 35, ff. *de re judic.*, et 16, au Code, *de transact.*

V. aussi l'arrêt du 18 juin 1808, au Répertoire de M. Merlin, vo *Succession*, sect. 1, § 1, art. 3. Cet arrêt a décidé que l'on ne peut, sur le fondement de pièces nouvelles, et sans prendre la voie de la requête civile, faire revivre des contestations terminées par jugement passé en force de chose jugée; et la requête civile n'a lieu pour cette cause, qu'autant que les pièces ont été retenues par la partie adverse.

(3) Nous modifions, quant à ce point, ce que nous avions dit au tome IV de notre *Traité des contrats*, etc., no 1466, où, en nous attachant trop littéralement aux principes purs du droit, et notamment à l'article 480, no 10 du Code de procédure, nous ne donnions effet à la découverte de la quittance, qu'autant que cette quittance avait été retenue par le fait de la partie adverse. Cette décision était trop rigoureuse en ce qui concerne les quittances : elle n'est vraie que pour les autres pièces,

cuté au moment où la quittance viendrait à être découverte, il y aurait lieu à la répétition de ce qui aurait été payé indûment.

475. Puisqu'il faut, pour que l'exception de la chose jugée puisse être opposée à une nouvelle demande, que cette demande soit fondée sur la même cause, il suit de là que si je vous ai d'abord demandé une somme de mille francs, par exemple, à titre de dépôt, et que j'aie succombé, rien ne m'empêchera de vous demander encore la même somme comme m'étant due par vous pour vente, loyers, etc., ou à raison même d'un autre dépôt que je prétendrais vous avoir fait ou avoir fait à celui dont vous êtes l'héritier; car, même dans ces derniers cas, ce serait aussi pour une autre cause que j'agirais.

476. Il suit aussi du même principe, que si j'ai formé contre Paul demande en restitution de l'hérédité de l'un de mes parents dont il avait pris possession, et que j'aie succombé parce que cette hérédité appartenait à un autre parent dont je suis ensuite devenu l'héritier, le jugement qui a été rendu contre moi ne m'empêchera pas de demander de nouveau contre Paul la restitution de cette même hérédité; car j'ai une nouvelle cause pour la demander, ma qualité d'héritier du parent auquel je prétends qu'elle appartenait. (L. 3, Cod. *de petit. heredit.*)

Cela aurait lieu, encore que ma nouvelle demande fût appuyée sur les mêmes moyens que ceux sur lesquels j'avais fondé la première, par exemple que le testament en vertu duquel Paul possède la succession est nul : la question de nullité jugée entre lui et moi *ex personâ meâ* n'est pas pour cela jugée à l'égard du parent dont je suis l'héritier; et, à ce titre, j'ai le droit de demander qu'elle soit examinée et jugée de nouveau, quand bien même je ne produirais aucune nouvelle preuve ou nouveau moyen pour établir la nullité. *Eamdem causam facit origo petitionis; cæterùm si fortè petiero fundum vel hominem, mox alia causa post petitionem mihi accesserit, quæ mihi dominium tribuat, non me repellet ipsa exceptio.* (L. 11, § 4, ff. *de except rei judic.*)

lesquelles laissent toujours le point de la contestation plus ou moins incertain ; au lieu qu'une quittance détruit nettement l'obligation.

477. A plus forte raison celui qui, n'étant pas encore héritier, a formé demande contre le possesseur d'une succession, a été repoussé pour cette cause, ne doit pas être déclaré non recevable dans la nouvelle action qu'il intente lorsqu'il est devenu héritier. (L. 25, ff. *de except. rei jud.*)

On peut ainsi faire l'espèce de cette loi : Paul est en possession de la succession de Jean, mon parent, en vertu d'un testament, ou pour autre cause. Pierre, héritier présomptif, n'a point encore pris qualité, ni renoncé; comme plus proche héritier après lui, je poursuis Paul, qui m'oppose une fin de non recevoir tirée de mon défaut de qualité, attendu que Pierre est celui à qui cette succession a été dévolue d'après la loi, et que sa renonciation ne se présume point, que je n'en rapporte pas non plus la preuve : je suis donc écarté. Mais Pierre ensuite renonce à la succession : alors rien ne m'empêche de renouveler ma demande; car la seule raison pour laquelle j'ai été écarté, c'était le défaut de qualité : or, j'ai maintenant qualité; c'est donc comme si j'avais une nouvelle cause. Peu importe que par sa renonciation, Pierre soit censé n'avoir jamais été héritier (art. 785), que je sois censé moi-même l'être devenu à compter de l'ouverture de la succession, parce que l'acceptation a un effet rétroactif à cette époque (art. 777), et en conséquence qu'on pût prétendre que le jugement se trouve avoir été rendu dans un temps où j'étais déjà héritier : on répondrait qu'il n'a prononcé que par forme de fin de non-recevoir *quant à présent,* ainsi que le font ou doivent le faire tous les jugements qui écartent une partie comme non recevable faute de justifier alors d'une qualité qui lui serait nécessaire pour motiver sa demande.

C'est ainsi que dans les cas des articles 135 et 136, celui qui réclame un legs ou une succession comme échus à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, et aux droits duquel il se trouverait si celui-ci était décédé, n'est déclaré non recevable que *quant à présent,* sans

préjudice de l'action en pétition d'hérédité ou autres droits, au profit de l'absent qui viendrait à reparaître ou à donner de ses nouvelles, ou au profit de ses héritiers, même de ceux qui ont été déclarés non recevables, dans le cas où ils prouveraient que leur auteur a survécu à celui d'où sont dérivés ces mêmes droits. (Art. 138 analysé.)

Ainsi encore, un legs m'est fait sous une condition ; je forme demande en délivrance contre les héritiers *ab intestat*, comme si la condition était accomplie, et je suis déclaré non recevable parce que je ne justifie pas de son accomplissement : rien ne m'empêchera, lorsque j'aurai acquis la preuve qu'elle est réellement accomplie, de former une nouvelle demande, car j'aurai une nouvelle raison, une cause pour la former. Argument de la loi 11, § 4, ff. *hoc tit.*

Autre chose serait s'il avait été jugé que le legs était nul, par exemple à raison d'un vice du testament, ou à raison de mon incapacité de recevoir du testateur, ou de celle de ce dernier.

478. En sens inverse, si le défendeur n'a obtenu congé de la demande que parce qu'il n'avait pas alors telle qualité qui était nécessaire pour qu'il fût condamné, ou parce qu'il existait telle cause qui lui fournissait une exception, il ne pourra pas, lorsqu'il aura cette qualité, ou lorsque la cause de cette exception aura cessé, se faire du jugement une fin de non-recevoir contre une nouvelle demande. Ainsi j'intente une action en pétition d'hérédité contre Paul; celui-ci est renvoyé de la demande parce qu'il ne possède rien de la succession : si postérieurement il vient à la posséder ou à en posséder quelque chose comme héritier (1), je pourrais très-bien renouveler ma demande contre lui sans craindre l'exception *rei judicatæ*. (LL. 9, *princip.*, 17 et 18, *hoc tit*)

Voilà pourquoi, dans le droit romain, celui qui avait agi *de peculio*, et qui n'avait obtenu qu'une partie de ce qui lui était dû, à raison de l'insuffisance du pécule, pouvait ensuite très-bien agir pour le surplus, si le pécule était venu à s'augmenter. (L. 30, § 4, ff. *de pecul.*)

479. Pareillement si, regardant Paul comme héritier de Jean mon débiteur, je forme contre lui demande en payement, et qu'il soit renvoyé de la demande, attendu qu'il n'est point l'héritier de Jean, parce que c'est à Philippe, parent plus proche, que la succession est échue; que celui-ci, qui n'avait point alors accepté, soit venu à renoncer; qu'ensuite Paul ait pris lui-même la succession, à son refus : bien certainement je pourrai renouveler contre lui ma demande, sans craindre non plus l'exception de la chose jugée. Les lois 2 à ce titre, et 15, ff. *de oblig. et act.* le décident positivement ainsi dans des espèces analogues.

480. En principe, lorsque la cause de la nouvelle demande est la même que celle de l'ancienne, l'exception *rei judicatæ* ne peut pas moins être opposée quoique la nouvelle action fût d'une espèce différente de celle qui a été intentée précédemment : *Eamdem causam facit origo petitionis....., et nec refert utrum eodem an diverso genere actionis* (*seu judicii*), *quis de eâ re agere videtur*. (LL. 5 et 11, § 4. *hoc tit.* combinées.) De là, si j'ai acheté une chose infectée d'un vice rédhibitoire, j'ai le choix, aux termes de l'article 1644, ou de rendre la chose et de me faire restituer le prix, si je l'ai payé, ou bien de garder la chose et de me faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée à dire d'experts, ce que les jurisconsultes romains appelaient l'action *quanti minoris*. Or, si j'ai agi pour l'un ou l'autre objet, et que j'aie succombé, parce qu'on a reconnu qu'il n'y avait pas de vice rédhibitoire, ou parce que je n'ai pas exercé mon action dans le délai fixé par l'usage des lieux, l'exception de la chose jugée pourra m'être opposée même sur celle des deux actions que je n'ai point intentée, et que je voudrais exercer maintenant; car cette action naît de la même cause que la première. (L. 25, § 1, ff. *de except. rei judic.*)

(1) Car si c'était par exemple à titre d'acheteur qu'il fût devenu possesseur d'objets particuliers dépendants de cette hérédité, ce serait par action en revendication que j'agirais contre lui.

481. Ainsi encore, si j'ai intenté contre vous la pétition d'hérédité, sur laquelle j'ai succombé, et qu'ensuite je forme demande en revendication de certaines choses dépendantes de cette hérédité, sans me fonder sur une autre cause, je serai repoussé par l'exception *rei judicatæ,* quoique l'action que j'intente aujourd'hui ne soit pas la même que celle que j'avais exercée d'abord. (LL. 3 et 7, § 4, *hoc tit.*)

482. Il en est de même, si me prétendant légataire de Paul pour certain objet, j'ai poursuivi son héritier par l'action personnelle *ex testamento,* et que j'aie succombé : si je veux ensuite le poursuivre par action en revendication de l'objet prétendu légué, ou par l'action hypothécaire qu'ont les légataires sur les biens de la succession, je serai repoussé par l'exception *rei judicatæ,* quoique ce ne soit pas la même action que j'intente aujourd'hui; mais c'est parce qu'elle a la même origine, le testament. (L. 76, § 8, ff. *de legatis* 2°, analysée, et Voët *ad Pandectas,* tit. *de except. rei judic.,* n° 4.)

483. Et si une question préjudicielle élevée dans une instance a été jugée contre une partie, et qu'elle ait préjugé contre cette partie la question principale, l'exception de la chose jugée sera également acquise quant à la question principale elle-même. Par exemple, en qualité de neveu de Philippe, je forme contre Paul, son cousin du côté paternel ou maternel, n'importe, une action en restitution de la succession de Philippe, dont il est détenteur; il m'oppose que je ne suis point neveu légitime de Philippe, que je ne suis qu'un enfant naturel, que mes père et mère n'étaient point mariés, et en conséquence que je n'ai aucun droit à cette succession, attendu que les enfants naturels ne succèdent point aux parents de leurs père et mère. (Art. 756.) La première question à examiner et à juger est celle de ma légitimité, et le juge saisi de l'action en pétition d'hérédité sera compétent pour décider aussi cette question, d'après la règle que le juge de l'action est aussi juge de l'exception (1). Si ma légitimité est reconnue, il est clair que la question relative à l'hérédité se trouve par cela même jugée en ma faveur, puisqu'elle dépendait uniquement de ce point, un neveu excluant toujours en effet un simple cousin. (Art. 750). Et, *vice versâ,* si la question de légitimité est jugée contre moi, celle de l'hérédité le sera par cela même aussi.

484. Ainsi encore, je cite Paul en police correctionnelle pour avoir coupé sur mon fonds certains pieds d'arbres et les avoir emportés, ou pour avoir arraché une haie, etc. : Paul oppose pour sa défense que ce qu'il a fait, il l'a fait chez lui, que le terrain sur lequel il a coupé les arbres ou arraché la haie lui appartient : il y a là une question préjudicielle; car il est clair que Paul n'aura commis aucun délit, et ne sera passible d'aucune condamnation, ni civile ni pénale, s'il a agi sur son terrain. Mais, à la différence du cas précédent, le juge de l'action principale, ne sera point juge de l'exception : le tribunal de police correctionnelle devra surseoir à statuer, et renvoyer les parties devant le tribunal civil pour y faire juger la question de propriété du terrain dont il s'agit; et si elle y est jugée contre moi, celle que j'avais portée au tribunal correctionnel l'est par cela même aussi, et je suis condamné aux dépens dans les deux instances, sans préjudice aux dommages-intérêts qui pourraient être dus à Paul. Mais si elle est jugée contre Paul, alors le tribunal de police correctionnelle statue sur ma plainte, condamne Paul aux peines portées par la loi, et à mes dommages-intérêts.

485. Et si j'assigne Paul devant le tribunal de commerce pour une dette commerciale de son père, dont je le crois héritier, et que Paul m'oppose qu'il n'a point accepté la succession, la question relative à la qualité d'héritier, et qui doit être décidée par les tribunaux civils (art. 426, Cod. de procéd.), est bien préjudicielle en ce

(1) Ce qui souffre toutefois des limitations lorsque le juge de l'action est un juge de juridiction spéciale, comme un tribunal de commerce, et que l'exception opposée est une question qui, par sa nature, est de la compétence des tribunaux civils, comme une vérification d'écriture, une contestation sur la qualité d'héritier. (Art. 426 et 427 du Code de procéd.)

sens que si elle est jugée en faveur de Paul, on aura pas cela même jugé qu'il ne me doit pas ce que je lui ai demandé; mais elle ne l'est point en sens contraire, c'est-à-dire que quand bien même il serait décidé que Paul a accepté la succession de son père, il ne sera pas pour cela décidé qu'il me doit la chose réclamée, puisqu'il est possible en effet qu'elle ne me soit pas due.

486. Nous venons de dire que l'exception de la chose jugée ne peut pas moins être opposée quoique la nouvelle action intentée par celui contre lequel le jugement a été rendu ne fût pas de la classe de celle qui a été intentée en premier lieu, et quoique les juridictions fussent différentes, pourvu que la nouvelle demande soit fondée sur la même cause, *quia eamdem causam facit origo petitionis;* cependant il ne faut pas conclure de là que les tribunaux civils sont toujours liés par une décision rendue au criminel. Cela est vrai dans certains cas, mais non pas dans tous : on ne peut pas même établir une règle générale à cet égard.

Ainsi, l'article 198 du Code civil porte que lorsque la preuve de la célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage. Voilà un cas où ce qui a été jugé (implicitement) au criminel, le fait de la célébration du mariage (1), ne peut plus être remis en question au civil.

487. Mais au contraire, si un délit de suppression d'état d'enfant avait été déféré aux tribunaux criminels, et que, au mépris de la disposition spéciale de l'article 327 du Code civil, ces tribunaux eussent jugé le fait avant que les tribunaux civils eussent statué sur la question d'état, l'enfant, quoique l'accusé eût été condamné, ne pourrait cependant invoquer le jugement criminel comme ayant reconnu son état de fils d'un tel; car les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. (Art. 326.)

488. L'article 235 aussi porte que : « Si » quelques-uns des faits allégués par l'époux » demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après l'arrêt de la cour d'assises; alors elle » pourra être reprise, sans qu'il soit permis » d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux » demandeur. » Les faits ont pu ne pas paraître suffisamment constants aux yeux des jurés avec les caractères de criminalité que leur attribuait l'acte d'accusation, et néanmoins ils pourront paraître au tribunal civil suffisamment graves pour motiver la demande en divorce (ou séparation de corps).

489. Ainsi encore, et comme nous l'avons dit au tome X, n° 146, où nous citons les divers jugements rendus dans l'affaire Charret et Tourangin, l'arrêt criminel, qui, en acquittant un individu accusé d'extorsion de promesses ou obligations par violence, force ou contrainte, juge par cela même que l'article 400 du Code pénal ne lui est point applicable, ne décide toutefois pas implicitement que lesdites promesses ou obligations sont valables; car elles peuvent être nulles pour dol ou manœuvres, ou défaut de cause; en conséquence, les tribunaux civils peuvent encore les annuler pour ces motifs. C'est ce qu'a jugé l'arrêt du 17 mars 1813 rendu dans la même affaire.

L'arrêt criminel ne décide même pas nécessairement que ces promesses ou obligations ne sont point infectées du vice de violence ou de crainte dans le sens de l'article 1112 du Code civil, vu qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait violence dans le sens de cet article, que l'accusé porteur des actes se soit rendu coupable des faits prévus par l'article 400 précité, puisque la *crainte* seule, si elle a été grave, a

(1) Mais non pas sa *validité;* car le mariage peut être nul pour cause d'inceste, de bigamie, etc., et les tribunaux criminels n'ont pas eu une pareille question à juger : elle était même hors de leur compétence.

vicié le consentement, quoiqu'elle n'ait pas été produite par des voies de fait ou des violences, en un mot par une contrainte extérieure de nature à faire déclarer applicable à l'accusé ce même article, et puisqu'il est d'ailleurs possible que les obligations soient le résultat du vice de violence, et que cette violence ait été commise par un autre que l'accusé sans complicité de sa part, ce qui ne les rend pas moins nulles. (Art. 1111, Code civil.) Ainsi, dans ce cas encore, le jugement rendu au criminel ne lie point les juges au civil.

490. Il a été aussi jugé par la cour de cassation, le 21 messidor an IX, section des requêtes, que l'arrêt de la cour criminelle qui avait acquitté un accusé de faux, ne prouvait point que l'acte fût vrai, et en conséquence que les tribunaux civils avaient pu, sans blesser le principe de l'autorité de la chose jugée, annuler l'acte comme n'étant pas sincère. Les termes de l'arrêt sont ainsi conçus :

« Attendu que les principes et les lois invoqués par Godier (l'accusé acquitté, porteur » des actes incriminés de faux) recevraient » leur application s'il était question de le soumettre de nouveau à une instruction criminelle pour les faits sur lesquels est intervenu » le jugement du tribunal criminel du département de l'Aube, du 10 frimaire an V; mais » que Godier étant devenu lui-même demandeur à fins civiles contre les héritiers Terray, » le jugement attaqué a professé les vrais principes, en déclarant que Pauline Terray n'avait point été partie au procès criminel, » puisqu'on ne représentait aucune procuration donnée par elle à cet égard (1); et que » quand elle l'aurait été, la *vérification* du billet n'en pourrait pas moins être exigée (2), » puisqu'en matière de grand criminel, il suffit » que le délit ne soit pas constant pour que » l'accusé soit renvoyé; tandis qu'en matière » civile, il faut que le titre soit incontestablement reconnu être l'ouvrage de celui à qui il » est opposé, ou de ceux qu'il représente, pour » pouvoir en exiger le payement, etc. »

491. Dans la fameuse affaire *Régnier*, que ses immenses détails ne nous permettent pas d'analyser, l'arrêt rendu par la cour d'assises de Paris, qui avait acquitté le sieur Régnier de l'accusation de faux, n'a pu servir à celui-ci pour faire condamner le sieur Michel à exécuter les actes qui avaient été incriminés de faux : le tribunal de commerce et la cour royale de Paris, ne les annulèrent pas moins, et la cour de cassation a confirmé l'arrêt.

Mais les *considérants* de celui de cette dernière cour, bien analysés, sembleraient faire croire que sa jurisprudence sur ce point délicat ne serait pas bien fixée, et qu'elle ne serait pas sous le Code d'instruction criminelle actuel ce qu'elle paraissait être sous le Code de brumaire an IV, d'après l'arrêt du 21 messidor an IX précité. M. le procureur général Mourre avait même conclu à la cassation de l'arrêt de la cour de Paris.

En effet, parmi les motifs de ce dernier arrêt, il y en avait assurément plusieurs qui étaient fondés sur des faits d'où résultaient des présomptions graves de fraude; mais il y en avait aussi dans lesquels la cour raison-

(1) Cette doctrine est toutefois combattue par celle qui a été soutenue par M. Merlin dans l'affaire *Charret et Tourangin*, savoir, que la société entière est représentée par le ministère public, dans les affaires soumises aux tribunaux criminels, et que le jugement rendu fait loi pour tout le monde. Voyez aussi *Questions de Droit*, v° *Faux*, § 6, n° 6, et ce que nous disons plus bas.

(2) Cependant, d'après l'art. 214 du Code de procédure, l'inscription de faux civil ne peut plus être formée lorsque la pièce a *été vérifiée, soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux, sur une poursuite de faux principal ou incident*... Comment donc, d'après cela, la *vérification* peut-elle encore être demandée? Dans quelle procédure, en effet, pourra donc encore avoir lieu cette vérification, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée? C'est une objection de plus contre le système de l'arrêt. M. Merlin, *loco citato*, dit pour y répondre, que cette disposition doit être entendue du cas où le jury, en déclarant l'accusé non coupable, déclare aussi, parce que la cour a posé la question, que l'acte *est vrai*, que l'acte n'est *point faux* ou *falsifié*; question, dit M. Merlin, que la cour a pu poser, parce que le Code d'instruction criminelle ne le défendait pas; mais lorsque le jury s'est borné à déclarer que l'accusé n'est pas coupable, cet art. 214 du Code de procédure n'empêche point que les juges au civil n'ordonnent la vérification de la pièce, et ne l'annulent même comme *fausse*, si leur conviction les y porte, parce qu'on ne peut pas dire que la pièce a été *vérifiée*.

nait comme si l'acte eût été *faux*, et appliquait en conséquence les principes qui avaient dicté l'arrêt du 21 messidor an IX. Si elle s'était bornée à annuler l'acte sur le seul fondement que, bien que le sieur Régnier eût été déclaré non coupable de faux, il ne résultait pas de là que les conventions contenues dans l'acte ne fussent pas le produit de manœuvres frauduleuses, et ne dussent pas être annulées, sa décision aurait laissé intacte la question qui nous occupe; mais il n'en a pas été ainsi. Quoiqu'il en soit, voici la décision de la cour de cassation (1), qui est importante à connaître. Il est inutile de rapporter les motifs sur lesquels le sieur Régnier fondait son pourvoi.

« Attendu, sur le premier moyen, que les » tribunaux de commerce sont compétents pour » apprécier la validité ou la nullité des trans- » actions commerciales;

» Que ces tribunaux sont tenus de renvoyer » devant les juges civils pour la vérification » de l'écriture et de la signature, lorsque le sort » de la contestation tient à cette vérification;

» Qu'il n'en est pas de même lorsque indépen- » damment et abstraction faite de toute vérifi- » cation, l'instruction de la cause démontre » les vices essentiels et les nullités des traités;

» Que, dans l'espèce, *le tribunal de com-* » *merce* n'a fondé sa désision *sur aucun motif* » *qui s'applique au faux;*

» Que tous les motifs de ce jugement ont, » au contraire, pour *unique base* les présomp- » tions qui s'élèvent contre ce traité, *toutes* » *indépendantes du faux;*

» Qu'en décidant, dans les circonstances, » que la vérification de la signature était inu- » tile, le tribunal de commerce et la cour » royale de Paris, loin d'avoir violé les règles » de compétence prescrites par la loi, s'y sont » exactement conformés;

» Attendu, sur les autres moyens, que *le* » *tribunal de commerce, loin de déclarer le* » *traité faux, l'a tenu, au contraire, pour* » *véritable* (2), puisqu'il ne l'a déclaré non » obligatoire et ne l'a annulé que *par des* » *motifs tirés du vice intrinsèque qui s'y at-* » *tache* (3).

» Que ce tribunal n'a, en effet, déclaré » Régnier non recevable dans sa demande en » exécution dudit traité, et n'en a prononcé la » nullité, qu'en se fondant sur des faits et sur » une foule de présomptions graves, précises » et concordantes;

» Que ces présomptions, *totalement indé-* » *pendantes du faux*, ont été tirées des clauses » mêmes du traité, des déclarations faites par » les parties, des mémoires respectivement » produits, de la conduite extraordinaire de » Régnier, du défaut de représentation de re- » gistres, et d'autres circonstances également » graves qui démontrent l'impossibilité de sup- » poser que *ce traité ait été obligatoire;*

» Que bien loin d'improuver aucun des mo- » tifs de ce jugement, la cour royale de Paris » l'a confirmé et en a ordonné la pleine et en- » tière exécution;

» Attendu, en outre, que cette cour, en con- » firmant ce jugement, a déclaré elle-même » formellement, dans les motifs de son arrêt, » que ce traité *était l'œuvre du dol et de la* » *fraude* (4);

» Qu'il résulte par conséquent de l'arrêt qui » a confirmé ledit jugement, *qu'en supposant* » *que le traité ne soit pas faux*, il est du moins » infecté d'un vice essentiel qui en opère la » nullité; qu'il est l'œuvre du dol et de la » fraude; que, par ce motif; il est non obli- » gatoire, et doit être bâtonné;

» *Que peu importe que dans plusieurs des* » *motifs de l'arrêt attaqué, la cour royale de*

(1) Du 19 mars 1817. (Dalloz, 4, 271; Sirey, 17, 1, 181.)

(2) Mais la cour d'appel ne *l'a pas tenu pour véritable...;* et c'était cependant contre *l'arrêt*, et non contre le *jugement*, que le pourvoi était formé...

(3) Ce qu'il avait incontestablement le droit de faire, d'après les circonstances de la cause.... et ce qui ôte à la question, il faut le dire, une grande partie de son importance, pour ne pas dire toute son importance.

(4) Cela est vrai; mais elle avait dit de plus que l'arrêt criminel qui acquitte un accusé de faux ne préjuge point la *vérité* de l'acte incriminé de faux; que les juges au civil peuvent encore le rejeter comme *faux*, soit après vérification ordonnée par eux, soit même sans vérification, ainsi que l'avait fait le tribunal de commerce dans l'espèce. On voit avec quelle peine la cour de cassation, pour éviter de se prononcer sur la question, cherche à voiler les points sur lesquels l'arrêt de la cour royale de Paris eût été vulnérable dans le système que le jugement criminel lierait les juges au civil.

» *Paris ait aussi considéré le traité comme* » *faux* (1);

» Qu'il suffit, en effet, que *par le dispositif* » dudit arrêt, le jugement de première instance » ait été pleinement confirmé, et que ladite » cour ait elle-même formellement déclaré » que ce traité était l'œuvre du dol et de la » fraude, pour que la demande en cassation » n'ait aucun fondement;

» Qu'il est inutile et sans objet, sous ce rap- » port, d'examiner, soit le mérite des motifs » de l'arrêt relatifs au faux, soit l'effet que » doit produire sur une pièce *sous signature* » *privée* (2) arguée de faux, une décision du » jury qui déclare la non-culpabilité de l'ac- » cusé ;

» Par ces motifs, la cour rejette le pour- » voi (3). »

492. Ce dernier considérant n'est évidemment qu'un moyen détourné employé par la cour pour s'épargner l'obligation de se prononcer sur une question grave, relativement à laquelle cependant il importait beaucoup qu'elle se prononçât nettement, afin de guider les tribunaux sur un point aussi délicat. Il nous semble toutefois résulter de l'ensemble des *considérants* de son arrêt, qu'elle n'a pas absolument persisté dans sa première jurisprudence, telle qu'elle résultait de celui du 21 messidor an IX.

Quoiqu'il en soit de cette interprétation, l'on dit (4), pour soutenir que le jugement au criminel qui acquitte l'accusé de faux ne lie point les juges au civil, que déclarer que l'accusé *n'est pas coupable*, ce n'est pas nécessairement déclarer vraie l'obligation qu'il est prévenu d'avoir fabriquée ; car sa non-culpabilité a pu résulter aux yeux du jury de ce que, même en supposant l'obligation fausse, non-seulement un autre que lui pouvait l'avoir fabriquée à son insu et sans sa participation, mais il pouvait lui-même en avoir fait usage de bonne foi ; que dès lors on ne peut pas dire que la non-fausseté de l'obligation soit une conséquence nécessaire de l'acquittement de l'accusé, puisque entre ces deux propositions : *l'obligation n'est pas fausse* et *l'accusé n'est pas coupable,* il n'existe pas une telle connexité que la seconde soit renfermée dans la première; que l'on peut supposer un milieu entre l'une et l'autre, savoir : *la pièce est fausse, mais l'accusé n'est ni auteur ni complice du faux.*

Ce raisonnement est vrai dans le cas où celui qui produit l'acte devant les tribunaux civils, et qui a été acquitté d'après la déclaration de *non coupable,* était accusé seulement de s'être servi de l'acte sachant qu'il était faux, et qu'il a soutenu que l'acte était vrai (5) : dans ce cas, en effet, la déclaration du jury a pu être aussi bien déterminée parce qu'il n'a point été convaincu que l'accusé savait, en se servant de la pièce, qu'elle était fausse, que parce qu'il a cru lui-même que la pièce était vraie : il a même pu être dans l'incertitude à cet égard, et comme alors il n'avait pas la conviction que l'accusé s'était servi de la pièce sachant qu'elle était fausse, il a dû le déclarer non coupable.

Autre hypothèse : Philippe produit un traité passé, dit-il, entre son auteur et Paul. Ce dernier porte plainte en faux contre Philippe, en l'accusant d'être lui-même l'auteur de l'acte

(1) Ce *considérant* est bien remarquable; il confirme l'observation faite dans la note précédente, et indique clairement que la cour de cassation, en *justifiant* ainsi l'arrêt de la cour de Paris par l'ensemble de ses motifs, n'a pas cru devoir également *confirmer* ceux auxquels elle fait allusion dans ce considérant, c'est-à-dire ceux qui font précisément l'objet véritable de la question quant au *faux*, c'est-à-dire de la difficulté.

(2) Il semblerait résulter de ces mots, qui paraissent être mis à dessein, que s'il s'agissait d'*actes authentiques*, le jugement qui acquitterait l'accusé devrait lier les juges au civil, sous le rapport de la *vérité* de l'acte, dans le cas où ce serait lui qui voudrait en faire usage : les actes authentiques, en effet, font foi jusqu'à inscription de faux (art. 1319, Cod. civil) ; or l'inscription de faux principal ne serait plus possible, et l'inscription de faux incident civil paraîtrait devoir être repoussée par l'art. 214 du Code de procédure, encore que la déclaration du jury fût simplement : *Non, l'accusé n'est pas coupable*, et ne portât pas que l'acte *est vrai*, qu'il *n'est point faux* ou *falsifié*, ainsi que M. Merlin suppose que cela pourrait être.

(3) Arrêt du 19 mars 1817, rendu au rapport de M. Verges.

(4) M. Merlin, *loco citato.*

(5) Car s'il l'avait reconnu lui-même faux, se défendant seulement en disant qu'il en ignorait la fausseté quand il s'en est servi, il n'y aurait plus de question, puisque la pièce serait lacérée.

ou de s'en être servi sachant qu'il était faux. Philippe est renvoyé devant la cour d'assises pour y être jugé sur cette double accusation. S'il avoue que l'acte est faux, mais qu'il s'en est servi ignorant qu'il fût faux, il n'y a plus de question sur l'effet de l'acte, quelle que soit la déclaration du jury.

Mais s'il soutient que l'acte est vrai, la déclaration du jury de *non coupable* peut avoir été déterminée, ou parce que le jury a cru la pièce vraie, ou parce qu'il l'a crue fausse, mais sans être convaincu qu'elle fût l'ouvrage de l'accusé, ou que celui-ci en eût fait usage sachant lui-même qu'elle était fausse, ou enfin parce qu'il a été incertain sur la fausseté ou la vérité de la pièce, ce qui par conséquent empêchait qu'il eût la conviction que l'accusé s'était servi de la pièce sachant qu'elle était fausse.

Dans les deux espèces ci-dessus, si le jury n'a eu à s'expliquer que sur la question : *L'accusé est-il coupable?* s'il ne lui en a pas été soumis sur la fausseté de la pièce elle-même, il est clair que sa décision ne préjuge point nécessairement que cette pièce est vraie. On ne peut pas dire qu'elle *a été vérifiée* dans une poursuite en faux principal; en conséquence l'article 214 du Code de procédure ne ferait point obstacle à l'inscription de faux incident civil. Le défendeur pourrait même se borner à dénier son écriture ou sa signature, ou à déclarer ne pas connaître celle de son auteur, auquel cas la vérification serait ordonnée; et, d'après le résultat de cette vérification, l'acte serait admis ou rejeté.

Mais le raisonnement de M. Merlin n'a plus de base lorsque celui qui produit l'acte était accusé d'en être l'auteur, et qu'il l'a avoué, mais a soutenu que cet acte était sincère; car dans ces cas on ne peut pas supposer que c'est l'œuvre d'un tiers, qui l'aurait fabriqué à l'insu de l'accusé, ni que celui-ci a pu en faire usage dans l'ignorance qu'il était faux : s'il y a faux, le faussaire est celui qui se déclare auteur de l'acte, et il est devant le jury. Tel était le cas de l'affaire *Régnier*.

Il en est de même si ce sont des altérations ou falsifications reprochées à l'accusé, qui nie qu'il y ait eu altération ou falsification, déclarant que l'acte fait avec lui n'est point sorti de ses mains, et qu'il a été dès le principe tel qu'il est maintenant.

Or, légalement parlant, et en ne considérant la question que sous le rapport du *faux*, et d'après les principes de la chose jugée, lorsqu'un individu accusé d'avoir lui-même fabriqué un acte avoue qu'il a effectivement concouru à sa confection, mais soutient que cet acte est vrai, et qu'il est déclaré *non coupable* par le jury, n'est-ce pas là une preuve que l'acte est vrai, puisque dans ce cas l'accusé eût dû être déclaré coupable si le jury eût cru l'acte faux? La connexité de la fausseté de l'acte avec la culpabilité de l'accusé, ou, *vice versâ*, de la non-culpabilité de l'accusé avec la vérité de la pièce, n'est-elle pas nécessaire? C'est là une grave question, toujours légalement parlant.

Mais on ne peut objecter que ce qu'ont à juger les tribunaux civils n'est point absolument la même question que celle qu'a jugée la cour d'assises; qu'à la cour d'assises on avait seulement à juger si l'accusé était coupable ou non; qu'on avait à le convaincre de sa culpabilité, et que c'est ce qui n'a pas eu lieu; que dès qu'il y avait incertitude à cet égard dans l'esprit des jurés, la déclaration de *non coupable* devait en résulter, puisque la loi leur demandait une *intime conviction* pour déclarer l'accusé coupable. (Art. 342, Cod. d'inst. crim.) Mais dans les tribunaux civils, il s'agit d'autre chose; il s'agit d'une obligation, existant ou non, et les rôles changent comme l'objet de la question : c'est l'accusé acquitté qui, de défendeur, devient demandeur à son tour à fins d'exécution de l'acte qu'il produit; or, tout demandeur doit justifier de sa demande, et, pour cela, administrer des preuves qui puissent convaincre le juge. La cause de la première action était un crime prétendu; celle de la seconde est une prétendue convention : ce n'est donc pas le cas de dire qu'il y a identité entre ce qui est à juger et ce qui a été jugé, et d'appliquer la règle *eamdem causam facit origo petitionis*.

On peut ajouter, et c'est une considération grave, que la majorité du jury a pu croire la pièce fausse, et néanmoins l'accusé être acquitté si la majorité était seulement d'une voix, et si la majorité des membres de la cour d'assises a été de l'avis de la majorité du jury; et il a dû

l'être depuis la dernière loi sur le jury (1). Tandis que la majorité au contraire, aurait dû être en faveur de la pièce, si c'eût été un tribunal civil qui eût eu à statuer sur elle dans une inscription de faux incident civil. Des éléments de jugement si différents en ce qui touche la pièce elle-même, et c'est là le seul objet de la question dont il s'agit, ne permettent donc pas d'avoir une foi entière en un acte qui n'a peut-être en faveur de sa véracité que la minorité des voix qui ont servi de base à l'arrêt d'où l'on veut inférer qu'il est vrai, jugé vrai. Si l'on objectait qu'il ne s'agit pas d'un compte de voix, mais d'une décision rendue, on répondrait que cette décision n'est relative qu'à la non-culpabilité de l'accusé, et que puisque ce n'est que par induction et prétendue connexité qu'on veut en conclure que l'acte est réputé vrai, il n'est point interdit d'examiner si cette induction est bien fondée, si cette connexité existe réellement; or, elle n'existe pas nécessairement, tant s'en faut.

Enfin, il est encore une raison, qui nous paraît décisive : supposez qu'un individu auquel il a été confié un blanc seing pour le remplir d'une procuration, par exemple, l'ait frauduleusement rempli d'une obligation ou d'une décharge à son profit : c'est là un simple délit d'abus de confiance, qui donne lieu simplement à l'application d'une peine correctionnelle, aux termes de l'art. 407 du Code pénal. Mais la personne lésée par le délit porte plainte en faux, et l'auteur du fait, qui prétend que l'acte est vrai dans toutes ses parties, est accusé de faux et renvoyé devant les assises pour y être jugé sur le faux. Le jury, soit qu'il pense que l'acte est sincère, soit qu'il croie que ce n'est qu'un simple abus de confiance, déclare l'accusé non coupable, parce que la question relative à l'abus de confiance ne lui a pas été soumise. Sa déclaration est parfaitement ce qu'elle devait être, même dans la supposition qu'il croyait que l'accusé s'était rendu coupable du *délit* d'abus de confiance; car il ne s'était pas pour cela rendu coupable du *crime* de faux. Or, évidemment, les tribunaux civils ne sauraient être liés par cette déclaration; l'acte n'en est pas moins le produit de la fraude, quoiqu'il ne constitue par un *faux qualifié par la loi;* et en l'annulant, ils ne contreviendront point à l'art. 1322 du Code civil, suivant lequel l'acte sous seing privé, reconnu ou tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit, leurs héritiers ou ayants cause, la même foi que l'acte authentique; car celui dont il s'agit n'a point été reconnu par la partie à qui on l'oppose, il n'a point non plus été tenu pour reconnu par la cour d'assises, sur la déclaration du jury, puisque le jury a seulement déclaré que l'accusé n'était pas coupable de faux, ce qui était vrai dans l'espèce. D'ailleurs cet article est sans préjudice des moyens que l'on peut opposer à l'acte, pour cause de fraude, d'erreur, de violence, de défaut de cause ou de cause licite, etc. Par les mêmes raisons, l'art. 214 du Code de procédure ne serait pas non plus applicable, en tant qu'il rejette l'inscription de faux incident civil lorsque la pièce a été *vérifiée* sur une *poursuite en faux principal* ou incident.

493. La loi 47, ff. *de heredit. petit.*, décide qu'après avoir succombé dans sa plainte, en faux contre le testament de son père, un fils peut encore l'attaquer comme nul; et cela est vrai pour tout acte quelconque. Car la vérité de l'acte comme acte n'empêcherait pas qu'il ne fût nul pour incapacité, erreur, violence, dol, défaut de cause, vices de formes, etc.; c'est là une tout autre question.

Et la loi 14, ff. *de inofficioso,* décide également que le fils peut passer successivement de la plainte en faux à la plainte en inofficiosité, et *vice versâ* (2).

494. On a aussi agité la question de savoir si, en sens inverse, l'accusé qui a été déclaré coupable de faux peut encore être admis à prouver devant les tribunaux civils que l'acte est vrai pour en obtenir l'exécution. Cette question peut paraître oiseuse devant la disposition de

(1) Loi du 4 mars 1831, portant : « La décision du jury » se formera contre l'accusé à la majorité de plus de sept » voix (art. 3). »

(2) * Le jugement qui déclare un testament valable en la forme, ne produit pas l'autorité de la chose jugée, relativement à la demande en nullité pour cause de substitution. (Liége, 10 mars 1813; Rec., 5, 173.)

l'art. 563 du Code d'instruction criminelle, qui, dans le cas où des actes authentiques ont été déclarés faux en tout ou en partie, prescrit à la cour ou au tribunal qui a connu du faux, d'ordonner qu'ils soient rétablis, rayés ou réformés, et qu'il soit du tout dressé procès-verbal; disposition qui ne distingue pas entre le cas où il y a eu ou non partie civile dans le procès criminel, et qui s'applique, par le même motif, aux actes sous seing privé : ce qui est confirmé par l'art. 241 du Code de procédure, pour le cas où des pièces, indistinctement, ont été reconnues fausses sur une inscription de faux incident civil.

Cependant la question ci-dessus a donné lieu à une controverse entre MM. Merlin et Toullier. Ce dernier a prétendu que l'article 1351 du Code civil résistait à ce que l'on pût opposer au condamné le jugement qui l'a déclaré coupable de faux, lorsqu'il agit ensuite au civil pour obtenir l'exécution de l'acte, attendu, dit M. Toullier, que la question à décider est autre que celle qui a été jugée par la cour d'assises; et il ne paraît même pas que cet auteur distingue entre le cas où l'autre partie s'est portée partie civile au procès criminel, et le cas contraire.

D'abord il n'est pas douteux, selon nous, que, dans la première hypothèse, le condamné ne soit non recevable, lors même que, par oubli ou par tout autre motif, la cour n'aurait point ordonné la lacération de la pièce; car la fausseté de cette pièce a été jugée contradictoirement avec lui et l'autre partie, puisque, indépendamment de l'action publique, exercée par le ministère public, il y a eu action civile exercée par cette partie. (Art. 3, Cod. d'inst. crim.) La plainte au criminel et l'exception au civil ont toutes deux la même cause, la fausseté de l'acte; et peu importe, comme nous l'avons dit précédemment, que les juridictions ne soient pas de même sorte, cela ne fait rien lorsque c'est la même question au fond qui s'agite entre les mêmes parties, et qu'elle a la même cause : *exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem questio revocatur, vel* ALIO GENERE JUDICII, dit la loi 7, § 4, ff. *de except. rei judic.*; or, c'est ce qui a lieu dans l'espèce. Et peu importe aussi que celui qui était demandeur dans la première instance soit défendeur dans la seconde, et *vice versâ* : cela ne change point la nature de la cause du litige.

495. Mais dans les cas où celui contre lequel l'exécution de l'acte est demandée ne s'est pas porté partie civile dans la cause criminelle, il y a plus de difficulté, surtout si l'acte étant sous seing privé, la cour a omis d'en ordonner la lacération ou le *bâtonnement*.

Néanmoins M. Merlin, qui discute ce point dans ses *Questions de droit*, v° *Faux*, § 6, n° 6, décide que le jugement peut être opposé au condamné, même dans ce cas, attendu qu'il établit un fait constant pour tout le monde, que l'acte est faux.

En effet, dans l'affaire *Charret et Tourangin*, que nous avons rapportée au t. X, n° 146, Tourangin ne s'était point rendu partie civile sur la poursuite du ministère public contre Charret, pour fait de vol avoué par celui-ci dans les billets et obligations qu'il avait souscrits à Tourangin pour cette cause, qui y était exprimée; et néanmoins une ordonnance de la cour royale de Bourges ayant déclaré qu'il n'y avait pas lieu à suivre contre Charret, cette décision, qui rendait *sans cause*, ou pour *fausse cause*, les engagements qu'il avait souscrits, a pu valablement être opposée à Tourangin : attendu, disait M. Merlin dans ses conclusions sur cette affaire, que les délits et les crimes sont poursuivis par le ministère public au nom de la société entière et de chacun en particulier.

C'est, dit encore M. Merlin dans ses *Questions de droit, loco citato*, c'est tout comme à Rome, où les citoyens en général étaient représentés par celui d'entre eux qui se rendait accusateur contre un autre citoyen : ce dernier, acquitté, ne pouvait plus être poursuivi pour le même fait (1). Et dans les actions dites *populaires*, une fois que le délinquant avait été poursuivi par quelqu'un, il ne pouvait plus l'être pour le même fait, ni par la même personne, ni par une autre (2).

(1) L. 9, Cod. *de accusat. et inscript.*; et L. 7, § 2, ff. *de accus.*

(2) L. 3, ff. *de popular. actionib.*

496. Et il est certain aussi chez nous que si celui qui a été poursuivi à la requête du ministère public, a été acquitté, parce que l'existence du délit n'a point été établie, il est certain, disons-nous, qu'il n'y a plus d'action, ni criminelle ni civile, à raison du même fait, et que celui qui se prétendrait lésé par ce fait n'en aurait point, même devant les tribunaux civils, en prétextant qu'il n'a point été partie civile au procès. La loi ne donne d'action civile à raison d'un crime ou délit, qu'autant qu'il y a crime ou délit; or, il a été jugé qu'il n'y en avait pas, et cela a été jugé avec la personne chargée par la loi d'en poursuivre la répression. M. Toullier le reconnaît lui-même, ce qui détruit la base de son opinion sur ce point.

497. En sens inverse, la cour de cassation a jugé, par arrêt du 5 mai 1818 (1), en confirmant une décision de la cour de Caen, du 13 décembre 1816, que, *lorsqu'un tribunal criminel a jugé affirmativement un fait de culpabilité contre un prévenu, ce jugement, devenu inattaquable, sert également de base aux demandes civiles qui en sont les accessoires;* ce qui doit être entendu à l'égard des demandes qui seraient ensuite formées devant les tribunaux civils par des personnes lésées par le délit, qui ne se sont point portées parties civiles dans le procès criminel, demandes auxquelles s'applique la dernière disposition de l'art. 359 du Code d'instruction criminelle. Car pour les personnes lésées par le crime et qui se sont portées parties civiles, elles doivent, d'après le second alinéa du même article, former leur demande en dommages-intérêts avant le jugement, à peine d'être plus tard non recevables : ce qui doit être entendu de l'action intentée même devant les tribunaux civils.

IVe CONDITION : *Que la demande soit formée entre les mêmes parties, agissant dans les mêmes qualités.*

498. La chose jugée n'est présumée la vérité qu'entre ceux qui ont été parties au jugement. Il n'eût pas été juste, en effet, que la négligence de l'un des plaideurs pût nuire à un tiers, ou que la décision, peut-être mal fondée, qu'il a obtenue, profitât encore à un autre. De là cette double règle : *Res inter alios judicata aliis non præjudicare* (L. 63, ff. *de regul. juris*) ; *neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt.* (L. 2, Cod. *quib. res jud. non nocet.*)

499. Et quoique ce fût la même personne qui agît dans le second procès, comme demandeur ou défendeur, si elle n'agissait pas en la même qualité que dans le premier, l'exception de la chose jugée n'aurait pas lieu. Ainsi Paul, en qualité de tuteur de Pierre, forme contre moi demande en délaissement de tel fonds qu'il prétend appartenir au mineur; je suis renvoyé de la demande : rien n'empêchera Paul, s'il vient à découvrir que l'héritage lui appartient à lui-même, d'agir contre moi en revendication; et *vice versâ*, s'il avait d'abord agi en son nom, et qu'il eût succombé, rien ne l'empêcherait ensuite d'agir au nom du mineur. Dans ces cas, ce n'est même pas en réalité la même personne qui agit, puisque dans l'un des procès elle a agi en son nom, et dans l'autre au nom d'une autre personne.

500. De plus, sont bien considérés comme une seule et même personne, un défunt et son héritier, tellement que ce qui a été jugé contre le premier, ou en sa faveur, est censé jugé contre le second, ou à son profit; mais si l'héritier demande en son nom, et d'après son droit propre et personnel, ce que son auteur avait vainement demandé à la même personne, l'exception de la chose jugée ne pourra lui être opposée. De même, en sens inverse, elle ne pourrait lui être opposée s'il avait lui-même d'abord agi en son nom propre et personnel, et qu'ensuite, ayant succombé, il vînt à agir en qualité d'héritier d'un tel. (L. 10, ff. *de præscript. et except.*) Car de ce que, dans le premier cas, la chose demandée par le défunt ne lui était pas due ou ne lui appartenait pas, il ne s'ensuit point qu'elle ne soit pas due ou qu'elle n'appartienne pas à son héritier; et, dans le second cas, de ce qu'elle n'était point due à celui-ci, il ne s'ensuit pas qu'elle ne fût point due au défunt.

(1) Sirey, 1819, 1, 163; Dalloz, 11, 266.

501. Ce que nous disons au sujet des héritiers, et avec la limitation ci-dessus, s'applique aux légataires universels ou à titre universel, ou aux donataires par contrat de mariage de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès : car ils sont les uns et les autres *loco heredum*, et font, à ce titre, une seule et même personne avec le défunt.

502. La qualité d'héritier *bénéficiaire* ne change même rien à ces principes, quoiqu'elle empêche d'ailleurs la confusion du patrimoine du défunt avec celui de l'héritier (art. 802) : dès que ce dernier agit en qualité d'héritier, ce qui a été jugée avec son auteur est censé jugé aussi avec lui : seulement si le jugement a prononcé des condamnations personnelles contre le défunt, l'héritier bénéficiaire n'est tenu de les exécuter que dans les limites fixées par les règles sur le bénéfice d'inventaire.

503. Ce qui a été jugé avec un mari, en cette qualité, dans les cas où la loi lui donne l'exercice des actions de sa femme, est censé jugé avec celle-ci, quoiqu'elle n'ait pas été mise en cause.

Ainsi, dans le cas de communauté, sans parler des actions qui sont relatives aux biens qui la composent, et qui doivent être exercées par le mari seul (art. 1421), comme il peut, sous ce régime, exercer seul les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à sa femme (art. 1428), le jugement rendu pour ou contre lui, dans ces actions, sera censé rendu pour ou contre la femme : et à plus forte raison si l'action mobilière de la femme était entrée en communauté, parce que la chose ne lui était pas demeurée propre; car alors le mari, comme chef et administrateur des biens de la communauté, et pouvant, à ce titre, les aliéner, les vendre et les hypothéquer sans le concours de la femme, et même les donner, sous certaines limitations (art. 1421 et 1422), en exerçant l'action, il aurait agi d'après un droit propre. Cela serait vrai, encore que la femme eût stipulé la reprise de ses apports au cas où elle renoncerait à la communauté (art. 1514), et qu'ensuite elle exerçât cette reprise : le mari n'en avait pas moins l'action lorsqu'elle a été exercée; sauf à la femme son indemnité, si c'est par la faute du mari que son droit a été perdu, par exemple parce qu'il a laissé accomplir la prescription. (Art. 1428.)

Ainsi encore, dans le cas où les époux sont mariés sous le régime d'exclusion de communauté sans séparation de biens, comme le mari a l'administration des biens de la femme, et la jouissance de ses revenus (art. 1530); qu'il perçoit, par suite de cette administration, tout le mobilier qu'elle apporte en dot ou qui lui échoit pendant le mariage, sauf la restitution qu'il en doit faire après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens qui serait prononcée par justice (art. 1531); il s'ensuit que c'est lui qui a l'exercice des actions mobilières qui compètent à sa femme, et que ce qui est jugé avec lui, dans ces actions, est censé jugé avec la femme elle-même, sauf au mari à répondre des pertes qu'il lui aurait causées par sa faute.

Il a également les actions possessoires sous ce régime.

Mais, sous les deux régimes, s'il s'agit de droits immobiliers appartenant à la femme, c'est elle qui, soit en demandant, soit en défendant, doit être en nom au procès, et le mari l'assiste pour la validité de la procédure, et agit en son nom propre pour la défense de ses droits quant à la jouissance qu'il a de ces mêmes biens.

Enfin, sous le régime dotal proprement dit, le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et les détenteurs, d'en percevoir les fruits et les intérêts, et de recevoir le remboursement des capitaux (art. 1549); par conséquent ce qui est jugé avec lui relativement à ces mêmes biens, est censé jugé avec la femme, encore que celle-ci n'eût pas été mise en cause; sauf à elle son recours contre son mari, s'il a laissé perdre ses droits par sa faute, et même la requête civile, s'il a colludé avec l'autre partie. (Art. 480-1°, Cod. de proc.)

504. Ce qui a été jugé avec un tuteur est censé aussi jugé avec le mineur ou l'interdit (art. 450 et 509), sauf au mineur ou à l'interdit la requête civile, s'il n'a pas été défendu

valablement (art. 481) : par exemple, si l'autorisation du conseil de famille était nécessaire au tuteur pour agir, ou pour acquiescer, parce qu'il s'agissait d'un droit immobilier (art. 464, Code civ.), et qu'il ait agi ou acquiescé sans cette autorisation.

Par l'effet du même principe, ce qui a été jugé avec un mandataire, dans les limites du pouvoir qui lui a été donné, est censé jugé avec le mandant; et ce qui a été jugé avec le maire d'une commune, ou l'administrateur d'un établissement public, agissant en ces qualités, et dûment autorisés à cet effet, est censé jugé avec la commune ou l'établissement.

Mais ces divers jugements ne pourraient être opposés à ceux qui n'ont point agi en leur nom propre et pour leur propre intérêt, dans le cas où ils auraient personnellement des droits à la chose qui en a été l'objet. Voilà pourquoi le jugement rendu contre une partie ne peut être opposé à l'avoué ou à l'avocat qui lui a prêté son ministère dans la cause, ignorant son droit relativement à la chose qui faisait la matière du procès. (L. 54, ff. *de rei vindic.*)

505. Nous avons vu plus haut (n° 495) que l'individu poursuivi par le ministère public pour crime ou délit, et acquitté sur le fondement que le crime ou délit n'a point été prouvé, peut opposer le jugement aux personnes prétendues lésées par le fait, qui voudraient ensuite le poursuivre à fins civiles; que ce jugement a l'autorité de la chose jugée par rapport à tous ceux qui, pouvant se porter partie civile, ne l'ont point fait, parce qu'elles ont été représentées par le ministère public: et *vice versâ*, que si l'accusé a été condamné, le jugement constate le fait, même par rapport aux personnes lésées qui ne se sont point portées partie civile, lesquelles peuvent en conséquence poursuivre leurs dommages-intérêts devant les tribunaux civils. (Art. 359, dernier alinéa, du Code d'inst. crimin.)

506. En général, dans les actions réelles, le jugement rendu pour ou contre l'auteur est aussi censé rendu pour ou contre celui qui lui succède à titre particulier dans la chose à raison de laquelle le jugement a été rendu.

Ainsi, le jugement rendu au profit du vendeur d'un fonds profite à l'acquéreur; et cela a lieu, soit qu'il s'agisse de la propriété du fonds, soit qu'il s'agisse d'une servitude, puisque l'acquéreur a tous les droits du vendeur relativement à la chose vendue. (L. 9 et L. 11, §§ 3 et 9, ff. *de except. rei judic.*)

La même chose a lieu en faveur d'un coéchangiste ou d'un transactionnaire, ou d'un créancier qui a reçu la chose en payement. On doit aussi le décider à l'égard d'un donataire ou d'un légataire : ils ont également les droits de leur auteur par rapport à la chose donnée ou léguée; ils sont ses ayants cause *propter rem.*

Vice versâ, si le jugement a été rendu contre le vendeur ou le coéchangiste, ou contre celui qui a donné la chose, ou qui en a fait l'abandon par transaction, ou qui l'a cédé à titre de payement, ce jugement, rendu soit sur la propriété, soit sur un droit de servitude, pourra être opposé au successeur, ainsi qu'à un créancier hypothécaire, si toutefois les droits du successeur sont postérieurs à la demande sur laquelle il a été rendu, et sont présentés comme procédant ou dérivant de celui contre lequel il l'a été : car celui-ci n'a pu conférer à un autre plus de droits qu'il n'en avait lui-même alors (1). (L. 11, §§ 9 et 10, et L. 28. *hoc tit.;* et L. 3, § 1, ff. *de pignorib. et hypoth.*

507. Mais si le tiers avait déjà des droits sur la chose au moment de la demande, le jugement qui a été rendu contre celui d'où procédaient ces droits ne ferait pas loi contre ce tiers, s'il n'avait pas été rendu commun avec lui, du moins celui-ci pourrait y former tierce opposition si on le lui opposait, conformément à l'article 474 du Code de procédure.

Ainsi, si celui qui a hypothéqué un fonds dont il était possesseur, a ensuite été évincé de ce fonds par l'effet d'une action en revendication formée par un tiers qui s'en est prétendu propriétaire, le jugement ne pourra pas nuire

(1) * La décision rendue en faveur d'un tiers contre le vendeur, a l'autorité de la chose jugée contre l'acquéreur, si celui-ci a connu l'action en revendication. (Liége, 17 juillet 1820, Rec. 7, 304.)

au créancier qui n'a point été mis en cause. C'est ce que décide positivement Papinien, dans la loi 29, § 1, ff. *de except. rei jud. Nam creditor locum victi successisse non videbitur, cùm pignoris conventio sententiam præcesserit.* La loi 3, *princip.* ff. *de pignorib. et hypoth.*, qui est aussi un fragment Papinien, contient une décision semblable.

En effet, de ce que le débiteur n'était plus propriétaire au temps de la demande formée contre lui, il ne s'ensuit pas qu'il ne le fût point au temps où il a hypothéqué la chose, puisqu'il a bien pu cesser de l'être dans l'intervalle. Or, il suffit qu'il le fût quand il a consenti l'hypothèque, pour qu'elle doive produire son effet : mais à la charge par le créancier d'en faire la preuve (1). A plus forte raison cette décision serait-elle applicable au cas où le jugement aurait été rendu par collusion avec le débiteur. (L. 5, Cod. *de pignorib. et hypothec.*)

508. Et l'on doit le décider de la sorte lors même que le principe du droit du gagnant serait antérieur à la constitution de l'hypothèque, consentie avant la demande. Ainsi quoique, d'après l'art. 2125 du Code civil, celui qui n'avait qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne puisse consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même résolution, néanmoins le jugement qui a prononcé l'annulation ou la rescision du droit de propriété du débiteur, ne pourra pas être opposé au créancier qui avait une hypothèque antérieure à la demande sur laquelle est intervenu ce jugement, ou du moins ce créancier sera reçu à y former tierce opposition. Autrement un débiteur pourrait facilement anéantir les hypothèques qu'il aurait consenties à ses créanciers, en s'entendant avec un tiers qui lui avait vendu ou donné l'immeuble et qui demanderait, sur un prétexte quelconque, la nullité, rescision ou révocation de l'acte d'aliénation. Il n'est pas même nécessaire, suivant nous, dans ce cas, que le créancier prouve la collusion, chose la plupart du temps assez difficile à prouver, et souvent même impossible; sauf au tiers à établir son droit vis-à-vis de lui, comme il l'a fait vis-à-vis du débiteur.

Il est vrai, et nous l'avons dit nous-mêmes, qu'un créancier, pour pouvoir exercer l'hypothèque qui lui a été consentie, est obligé, si c'est une hypothèque spéciale, de prouver qu'au temps de l'hypothèque la chose était *in bonis debitoris* (2); mais dans l'espèce elle y était, car l'acte d'aliénation n'était pas nul de droit; c'est le jugement qui l'a anéanti. Il est vrai aussi que ce jugement est simplement *déclaratif*, et que le créancier tire son droit du débiteur contre lequel il a été prononcé; mais, d'un autre côté le créancier n'a pas été représenté dans ce jugement par le débiteur, puisque son droit existait déjà au moment de la demande : *creditor locum victi successisse non videbitur, cùm pignoris conventio sententiam præcesserit.* La mauvaise défense qu'a opposée le débiteur peut bien lui nuire, mais elle ne doit pas nuire au créancier, qui a un droit distinct, quoiqu'il le tire de lui. Que le tiers ne faisait-il déclarer le jugement commun avec ce créancier, ou que n'en fait-il rendre un aujourd'hui avec lui, qui établisse effectivement que le débiteur, dans le temps où il lui a consenti l'hypothèque, n'avait qu'un droit sujet à rescision ou à nullité? alors il n'y aura plus de difficulté; l'art. 2125 la tranchera en sa faveur.

509. S'il y a procès entre un vendeur ou donateur d'immeubles sous condition suspensive non encore accomplie, et un tiers, le jugement rendu en faveur de ce vendeur ou donateur, soit quant à la propriété des biens, soit quant à un droit de servitude, peut même être invoqué par l'acheteur ou le donataire après l'accomplissement de la condition; car, quoique la condition accomplie ait un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179), et que, par cette raison, on puisse dire que le vendeur ou le donateur n'était plus propriétaire, néanmoins il avait qualité pour défendre la chose, et il la défendait plus encore dans son intérêt que dans

(1) L. 15, § 1, ff. *de pignorib. et hypoth.*

(2) Il en est autrement dans les hypothèques générales portant sur les biens à venir. (L. 15, § 1, ff. *de pignorib. et hypoth.*)

celui de l'acheteur ou du donataire, du moins généralement.

510. Mais si c'était contre eux que le jugement eût été rendu, ce que nous venons de dire à l'égard de ceux qui avaient déjà des droits sur la chose au moment de la demande, serait applicable; et en conséquence le jugement, dans le cas où la condition viendrait à s'accomplir, ne pourrait être opposé à l'acheteur ou au donataire, ou du moins ceux-ci pourraient y former tierce opposition, même sans être tenus de prouver qu'il a été rendu par collusion. En effet, la rétroactivité de la condition accomplie ferait supposer que le jugement a été rendu avec une personne qui n'était plus propriétaire; et si cette fiction de droit ne nous arrête pas dans le cas précédent, c'est qu'il y a une très-grande différence : le vendeur ou donateur a tacitement mandat de l'acheteur ou du donataire pour défendre la chose, mais il ne l'a pas pour la compromettre. En pareil cas, c'est à l'autre partie à exiger la mise en cause de celui qui a des droits conditionnels sur les biens, ou à l'appeler lui-même, afin d'éviter un nouveau procès.

511. Et si la vente ou la donation était faite sous condition résolutoire, comme le vendeur ou le donateur serait censé avoir des droits sur les biens sous une condition suspensive contraire (par argument de la loi 36, ff. *de rebus creditis*), le jugement rendu en faveur de l'acquéreur ou du donataire, avant l'accomplissement de la condition résolutoire, profiterait bien, par la même raison, au vendeur ou donateur; mais le jugement contraire ne pourrait leur être opposé, du moins généralement. Ainsi, dans le cas d'une vente faite avec faculté de rachat, ce qui est une véritable condition résolutoire, mais potestative de la part du vendeur, ou dans le cas d'une donation révoquée par survenance d'enfants, comme les biens rentrent dans la main du vendeur ou donateur francs et quittes de toutes charges du chef du donataire ou de l'acheteur (articles 963 et 1673), le jugement rendu contre ces derniers, relativement à ces mêmes biens, ne pourrait être opposé au vendeur ou donateur. Il en doit être en effet des jugements comme des contrats, car *in judicio quoque contrahimus.*

512. Par les mêmes motifs, nous décidons que les jugements rendus au profit des héritiers, relativement aux biens légués sous une condition, et pendant que la condition est en suspens (1), peuvent, au cas où elle viendrait à s'accomplir, être invoqués par le légataire, non-seulement parce qu'ils ont été rendus avec les propriétaires (2), mais encore parce que les héritiers avaient mission du testateur de conserver la chose dans l'intérêt du légataire. Toutefois comme l'héritier ne peut, pas plus par des jugements que par des conventions proprement dites, altérer les droits du légataire, celui-ci, dans le cas où ces jugements seraient contraires à ses droits, pourrait y former tierce opposition, s'il n'avait point été mis en cause.

513. Nous avons dit que le jugement rendu contre l'auteur, relativement à la propriété de la chose aliénée, ou à une servitude, fait loi pour le successeur à cette même chose, si la demande est antérieure à la constitution de son droit; mais, en sens inverse, le jugement rendu contre le successeur ne peut pas être opposé à son auteur, car celui-ci ne tire pas son droit de lui, comme un acheteur tire le sien de son vendeur. La loi 9, § 2, ff. *de except. rei jud.* en donne cet exemple : Si vous avez vendu à Titius un fonds comme vous étant, par exemple, provenu d'une succession, et que m'en prétendant propriétaire, j'aie formé contre Titius la revendication; que le jugement m'ait été favorable, et qu'ensuite vous prétendant propriétaire, par une cause quelconque, vous formiez contre moi

(1) C'est à eux qu'appartient l'action en revendication (L. 66, ff. *de rei vendic.*), quoiqu'ils n'aient, dit Cujas sur cette loi, qu'une propriété *imparfaite*. Ils peuvent aussi faire entrer ces biens dans leur partage, mais sans préjudice du droit du légataire, si la condition vient à s'accomplir (L. 12, § 2, ff. *familiæ erciscundæ*). Voyez ce qui a été dit sur ce point au tome IX, nº 305.

(2) Dans les legs, la condition n'a pas un effet rétroactif sous tous les rapports comme dans les contrats; mais voyez ce qui a été dit à cet égard au même volume, nos 310 et suivants.

demandé en revendication de ce même fonds, je ne pourrai vous opposer le jugement; car Titius tenait son droit de vous, mais vous ne tenez pas le vôtre de lui, puisque vous êtes son vendeur.

Et, *vice versâ*, porte la loi suivante, si, dans l'espèce, j'ai succombé dans ma demande contre Titius, et que je forme ensuite demande contre vous, qui, par une cause quelconque, êtes devenu possesseur du fonds, vous ne pourrez pas m'opposer le jugement obtenu par Titius. Voët (1) fait toutefois exception pour le cas où vous seriez rentré dans la possession du fonds par défaut de payement, ou pour quelque autre cause qui aurait amené la résiliation de la vente que vous aviez faite à Titius. Cela est douteux, mais ce ne le serait point si c'était par une revente ou rétrocession de sa part.

514. L'espèce de la loi 11, § 3, au même titre, est bien différente. Étant vous et moi héritiers de Titius, vous formez contre Sempronius demande pour votre part dans un fonds que vous prétendez appartenir en totalité à la succession, et vous succombez; depuis, j'achète cette même part de Sempronius, qui m'a relâché la mienne volontairement ou par suite de revendication, peu importe, et vous formez ensuite demande en partage contre moi : je puis vous opposer l'exception de la chose jugée avec Sempronius, dit le jurisconsulte; car Sempronius étant mon vendeur, j'ai tous ses droits relativement à la chose, et l'exception *rei judicatæ* est une exception réelle. Peu importe aussi que ce ne soit pas la même action que celle qui a eu lieu avec Sempronius, puisque la part que vous me demandez dans ce fonds, vous me la demandez en vertu de la même cause que celle en vertu de laquelle vous l'avez demandée à Sempronius, votre qualité d'héritier de Titius; or, *eamdem causam facit origo petitionis, et nec refert an eodem vel ex diverso judicio agatur.* Il en doit être de ce cas, poursuit le jurisconsulte, comme si vous m'aviez demandé à moi-même cette même part en votre qualité d'héritier de Titius, et qu'ayant succombé, vous voulussiez ensuite l'obtenir sur l'action en partage, *familiæ erciscundæ;* or assurément je vous opposerais l'exception de la chose jugée : donc je dois de même pouvoir vous l'opposer, puisque vous avez succombé vis-à-vis de mon vendeur, et que j'ai tous ses droits par rapport à la chose vendue.

(1) *Ad Pandectas*, tit. *de rei except. rei judic.*, n° 5, *in fine.*

515. Du principe que la chose jugée ne fait loi qu'entre les parties au procès, il suit que si j'ai demandé à l'un des héritiers de mon débiteur pour cause de prêt, de dépôt, vente, etc., sa part dans la dette, et que j'aie succombé, n'importe pour quel motif, rien ne m'empêchera de former une semblable demande contre son cohéritier, tout en me fondant sur la même cause; car, quoique ce soit la même question, néanmoins le changement de personne fait que c'est une autre chose que je demande; seulement elle est semblable à la première : *Nam etsi eademquæstio in omnibus judiciis vertetur, tamen personarum mutatio cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.* (L. 22, *hoc tit.*) Et il en serait ainsi, encore que j'eusse demandé à cet héritier toute la dette, car il n'y aurait toujours chose jugée que pour sa part, s'il n'avait pas mandat de ses cohéritiers pour défendre à ma demande en ce qui les concernait.

Et si, héritier seulement pour partie du créancier, je forme demande contre le débiteur ou son héritier, soit pour toute la dette, soit pour ma part, et que je succombe, il est clair que rien n'empêchera mes cohéritiers de demander la leur, attendu que je n'ai pu la compromettre sans leur mandat.

516. Par la même raison si, colégataire avec Paul de telle chose, par exemple du fonds Sempronien, je forme seul demande en délivrance contre les débiteurs du legs, soit pour ma part, soit pour le tout, et que je succombe, n'importe le motif, le jugement ne devra point être opposé à mon colégataire, lequel pourra leur demander sa part dans la chose léguée, et même le tout si j'étais incapable de recueillir le legs, car alors il y aurait lieu au droit d'accroissement à son profit. (Art. 1044.)

La loi 1re, ff. *de exceptione rei judicatæ*, dit

que, puisqu'il est de principe que la chose jugée avec l'un n'a aucun effet avec un autre, il en résulte que quand bien même un légataire a succombé dans sa demande en délivrance de son legs, même sur l'allégation que le testament était nul ou rompu par l'agnation d'un posthume, cela n'empêche pas un autre légataire ou celui à qui la liberté a été léguée, d'agir en vertu de ce testament pour obtenir la délivrance du legs qui lui a été fait; et cependant il était de principe aussi, à Rome, que l'effet des legs dépendait de l'effet de l'institution d'héritier (1), tellement que le jugement qui l'annulait rendait par cela même les legs caducs, et pouvait être opposé aux légataires, sauf à ceux-ci à en appeler, s'il avait été rendu par collusion, ou si l'institué n'avait pas défendu la cause, ou avait été condamné *per injuriam judicis*. C'est ce qui résulte des lois 50, § 1, ff. *de legat.* 1°; 29, ff. *de inoffic. testam.*, et 6, §§ 1 et 2, ff. *de appell. et relationib.* Mais c'est que dans l'espèce de la loi 1re *de except. rei jud.*, ci-dessus citée, le jugement dont il s'agit n'a pas été rendu *de hereditate*, il l'a seulement été *de legato*. Ces mots de la loi : *licet ruptum, vel irritum, aut non justum* DICATUR *testamentum*, ne signifient pas que le testament a été *jugé* nul ou rompu, mais seulement qu'on *a dit* qu'il l'était.

Mais quand bien même chez nous le testament aurait été déclaré nul dans l'instance élevée entre les héritiers légitimes et le légataire universel, ce ne serait pas une raison pour qu'il dût être également réputé nul par rapport aux autres légataires : ceux qui n'ont point été en cause auraient le droit de former tierce opposition au jugement, si on le leur opposait sur la demande en délivrance des legs qui leur ont été faits, encore qu'il n'eût point été rendu par défaut ou par suite d'abandon de la cause, ou qu'ils ne prouvassent point qu'il l'a été par collusion. A plus forte raison le jugement rendu contre un simple légataire à titre particulier, même sur le fondement que le testament est nul, ne fait-il point préjudice aux autres légataires.

517. Celui qui a rendu au profit du débiteur sur le fait même de la dette, profite à la caution. (L. 21, § *ult.*, *hoc tit.*) ; parce que l'exception de la chose jugée est réelle : en sorte qu'elle profite non-seulement à ceux qui ont été parties dans le jugement, mais encore à ceux qui y ont été représentés; or le débiteur représente la caution quant à la dette : aussi les exceptions réelles peuvent-elles être invoquées par la caution. (Art. 2036.)

Toutefois, si le jugement n'avait donné congé au débiteur que sur le fondement d'une exception purement personnelle, par exemple dans le cas de minorité, et que cela y fût exprimé, la caution ne pourrait l'invoquer (art. 2012), encore qu'il n'eût pas spécialement réservé les droits du créancier contre elle : la loi elle-même les réservait dans ce cas.

Si le jugement était rendu contre le débiteur, qui pouvait cependant faire valoir une exception péremptoire, comme la prescription, et qui ne l'a pas fait, il serait bien censé rendu aussi avec la caution elle-même, parce que le débiteur la représente quant à la dette; mais la caution, contre laquelle on voudrait l'exécuter, pourrait y former tierce opposition, et faire valoir cette exception. (L. 62, ff. *de pactis*, par argument.

De plus, dans le cas même où le débiteur a été justement condamné, si la caution a quelque exception personnelle à faire valoir contre son cautionnement, par exemple sa qualité de femme mariée non autorisée, il est clair qu'elle peut aussi former tierce opposition au jugement.

518. Si c'est contre elle que le jugement a été rendu, il ne fait aucun préjudice au débiteur, qui n'a même pas besoin d'y former tierce

(1) Aussi, lorsque l'institué répudiait le testament, les legs et les fidéicommis particuliers devenaient caducs (L. 17, ff. *si quis omissâ causâ testamenti*, etc.); à moins qu'il ne prît la succession comme héritier légitime, ou les biens en vertu du droit prétorien, auxquels cas l'édit du préteur l'obligeait à payer les legs et les fidéicommis, ainsi que le démontre tout ce titre, *si quis omissâ causâ testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem.* Mais chez nous, la renonciation du légataire universel ou à titre universel ne fait pas évanouir les legs particuliers, lesquels alors sont acquittés par ceux qui recueillent les biens à son défaut.

opposition, car on ne peut le lui opposer. En effet, la caution ne représente pas le débiteur, même quant à la dette.

Si c'est en faveur de la caution que le jugement a été rendu, le débiteur non mis en cause, il faut distinguer :

Si le jugement a été rendu sur le seul fait du cautionnement, par exemple parce que le créancier a déféré sur ce point le serment à la caution, qui l'a prêté (art. 1365), ou parce que le créancier n'a pu établir le cautionnement, ou parce que la caution a fait valoir une exception personnelle, telle que la minorité; alors il est clair que le jugement qui lui a donné congé par l'un ou l'autre de ces motifs ne peut être invoqué par le débiteur principal : ses effets n'ont lieu qu'au profit de la caution, puisqu'il ne porte que sur le cautionnement.

Mais si la caution a été renvoyée de la demande pour avoir prêté le serment qui lui a été déféré par le créancier sur le fait même de la dette, comme l'art. 1365, précité, porte que dans ce cas le serment prêté par la caution profite au débiteur principal, il est clair que le jugement rendu en conséquence de ce serment doit par cela même lui profiter; et c'est ce que veut dire cet article.

Si c'est sur le fondement que la caution a payé la dette, que le jugement a été rendu, il faut aussi décider qu'il peut être invoqué par le débiteur principal; car c'est comme si c'était un acte de payement qu'eût la caution; celle-ci peut se faire rembourser, et, d'après cela, le débiteur ne peut pas être obligé de payer au créancier; la dette est éteinte par rapport a celui-ci : la caution lui est subrogée.

Mais il y a plus de difficulté lorsque le jugement qui a donné congé à la caution est fondé, ou sur ce qu'il n'y a pas eu de dette, ou sur ce que le débiteur lui-même a payé celle qui existait, ou sur ce que cette dette a été éteinte par la perte de la chose due, ou par la prescription, ou toute autre cause, étrangère à la caution : car, dans la première hypothèse, comment pourrait-on dire que la personne poursuivie comme caution représentait le débiteur, puisque suivant elle il n'y avait point de dette, par conséquent point de cautionnement? Et même dans les autres hypothèses, la caution ne représente pas non plus le débiteur; elle ne fait pas une seule et même personne avec lui quant à la dette, comme le débiteur est censé en faire une avec elle. Peu importe que le serment décisoire prêté par elle sur le fait de la dette profite au débiteur; le créancier, en le déférant, a consenti à reconnaître qu'il n'y aurait effectivement point de dette, s'il était prêté; son aveu est authentique à cet égard. Au lieu que dans les cas où le jugement est rendu sur un autre motif, le créancier n'a pas lui-même reconnu qu'il n'y avait point de dette, bien loin de là : il n'y a donc que la chose jugée; mais la chose jugée ne fait loi qu'entre ceux qui ont été parties dans la cause, ou qui y ont été représentés par ceux qui avaient qualité à cet effet; or ce n'est pas ce qu'on peut dire de la caution, car elle ne représente point le débiteur quand elle ne paye pas pour lui.

Cette différence, entre le jugement rendu sur le serment prêté par la caution, et le jugement qui lui a donné congé de la demande pour une autre cause, est clairement établie par les lois 28, § 3, ff. *de jurejurando*, et 52, § 3, ff. *de fidejuss. et mandat.*

Par la première de ces lois, il est décidé que le serment prêté par l'un des débiteurs solidaires (sur le fait de la dette) libère les codébiteurs; et par la seconde, que le jugement qui a donné congé à l'un de ceux qui avaient donné à quelqu'un mandat de prêter de l'argent à un tiers (*mandatore pecuniæ credendæ*), et qui, à ce titre, étaient garants du payement, à peu près comme des fidéjusseurs ou cautions, ne profite pas aux autres; attendu, comme le dit Cujas sur cette loi, que leurs obligations ne dépendaient point de l'engagement de celui qui a obtenu le jugement, quoiqu'elles soient de même nature; et par conséquent que ce qui est réputé vrai à l'égard de ce dernier, ne l'est pas nécessairement à leur égard; de même que lorsque l'un des héritiers du débiteur est renvoyé de la demande, son cohéritier ne peut argumenter du jugement, quoique son obligation soit de même nature : c'est ce qu'on a vu plus haut. Or, il en eût été bien certainement autrement, si le jugement eût été rendu en conséquence du serment prêté.

Par la même raison, le jugement rendu en

faveur de l'un des fidéjusseurs, même sur une autre cause qu'une exception purement personnelle, et sauf le cas du serment décisoire, ne profiterait pas aux autres; comme, *vice versâ*, il ne pourrait pas leur être opposé, s'il avait été rendu contre lui.

519. Quant aux débiteurs solidaires, il faut aussi distinguer :

Si l'un d'eux a obtenu congé de la demande formée contre lui, sur le fondement du serment par lui prêté sur le fait même de la dette, le jugement peut être invoqué par les autres. Telle est la disposition de l'art. 1365, et de la loi 28, § 3, ff. *de jurejurando*, précitée. Il en doit être de même si le jugement a été rendu sur le fondement du payement de la dette, soit par ce débiteur, soit par un codébiteur, soit par un tiers; car, dès qu'il y a payement, la dette est éteinte (art. 1200); tous sont libérés; or le jugement qui reconnaît qu'il a eu lieu, doit avoir le même effet qu'une quittance ou autre acte de payement produit par ce même débiteur. Enfin, l'on doit décider la même chose si le jugement a été rendu sur le fondement de la compensation opérée entre lui et le créancier, attendu que la compensation équipolle au payement : c'est un payement opéré par la loi (1).

Mais s'il a été rendu sur le fondement d'une exception personnelle au défendeur, comme celle de minorité, ou celle résultant d'une remise avec réserve des droits du créancier contre les codébiteurs (2), ou d'un concordat, ou bien à raison du serment prêté sur le fait seul de la solidarité, il est clair qu'il ne peut être invoqué par les codébiteurs; ses effets sont évidemment tous personnels.

Il y a plus de difficulté lorsqu'il a été rendu sur le fondement qu'il n'y avait pas de dette, ou que la dette était prescrite, ou qu'elle était éteinte par la perte de la chose, arrivée par cas fortuit; car dans ces cas la défense ou l'exception porte sur la dette même, *in rem*, et tous les codébiteurs peuvent invoquer les exceptions de cette nature. (Art. 1208.) Néanmoins, l'on doit décider que celui-là seulement qui a obtenu le jugement fondé sur ces causes peut en tirer avantage, sauf aux codébiteurs à en faire rendre de semblables à leur profit pour les mêmes causes, s'il y a lieu. Sans doute, l'exception de la chose jugée est réelle, mais elle n'est telle qu'à l'égard seulement de la partie qui a obtenu le jugement, ses héritiers et la personne dont l'obligation dépendrait de la sienne, comme est celle d'une caution; mais elle n'a pas lieu au profit de celui qui est étranger au jugement, quoique son engagement soit de même nature que l'engagement de celui qui l'a obtenu. Entre les débiteurs solidaires, ainsi que nous l'avons dit en traitant de ces sortes d'engagements, il n'y a bien qu'une seule obligation *quoad rem*, mais, *quoad personas*, il y en a autant qu'il y a de personnes obligées. Et telle est certainement la raison pour laquelle Papinien, dans la loi 52, § 3, ff. *de fidej. et mand.*, dit que les *mandatores pecuniæ credendæ* ne sont libérés que par le payement, et non par le congé de la demande formée contre l'un d'eux (3) : *Plures ejusdem pecuniæ credendæ mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secutâ non liberantur; sed omnes liberantur pecuniâ solutâ.* Si donc l'obligation de l'un des codébiteurs est indépendante de celle de l'autre, le jugement rendu au profit de l'un d'eux ne profite qu'à lui, sauf les exceptions dont nous avons parlé, mais exceptions motivées sur des circonstances particulières, ou sur la nature même des obligations solidaires.

520. De ce que le jugement rendu au profit de l'un des codébiteurs, sur le serment par lui prêté sur le fait même de la dette, ou qui l'a

(1) *V.* tome précédent, nº 431.

(2) Cas dans lequel la dette n'est éteinte que pour la part seulement de ce débiteur. (Art. 1285.)

(3) Il n'en était pas ainsi à l'égard des *correi debendi*, ni à l'égard des *cofidejussores*, et du débiteur et du fidéjusseur : au temps de Papinien, même le simple choix que le créancier faisait de l'un d'eux, en le poursuivant, libérait les autres, par l'effet de la novation qui résultait de la litiscontestation; et Cujas, sur cette loi 52, ff. *de fidejuss. et mandat.*, donne la raison de cette différence, qu'il importerait peu de reproduire ici, et qui fut d'ailleurs abrogée par Justinien, dans la loi dernière, au Code, *de fidejuss. et mandat.*, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le faire remarquer, au tome XI, nº 215.

déclarée payée ou prescrite, profite aux autres, il n'en faut pas conclure, en sens inverse, que celui qui a été rendu au profit du créancier contre l'un des débiteurs qui n'avait pas mandat de ses codébiteurs pour défendre la cause, fait loi pour ceux-ci : dans le cas où on le leur opposerait, ils seraient bien fondés à y former tierce opposition, attendu qu'ils n'ont point été représentés dans l'instance par leur codébiteur. Les débiteurs solidaires se donnent bien tacitement l'un à l'autre le mandat de payer la dette, mais non de plaider pour tous (1). L'un des codébiteurs ne peut-il pas d'ailleurs avoir une exception personnelle à faire valoir, comme sa minorité, etc.? De plus, où est la preuve qu'il est solidairement tenu de cette dette? il n'y a qu'un jugement, auquel il a été étranger, et dire que ce jugement est obligatoire aussi pour lui, c'est dire qu'il est solidairement obligé, et c'est décider ce qui est en question. Dès que, dans les obligations solidaires, et sous le rapport des personnes, il y a autant d'obligations qu'il y a d'obligés, il est donc vrai de dire que ce qui a été jugé avec l'un d'eux n'est pas censé jugé avec l'autre, puisque *mutatio personarum, cum quibus singulis nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.*

Toutefois la prescription interrompue contre le débiteur en cause, par la demande formée contre lui, sera aussi interrompue contre les autres, en vertu de l'art. 1206.

521. Quant aux créanciers solidaires, puisque le serment déféré par l'un d'eux au débiteur, ou la remise qu'il lui a faite, n'a effet que pour la part de ce créancier (article 1365 et 1198), on doit décider, comme nous l'avons fait au tome XI, n° 179, que le jugement rendu, sur l'une ou l'autre de ces causes, au profit du débiteur contre ce créancier, ne le libère que pour la part de celui-ci. Mais, quoique fondé sur une autre cause, il devrait avoir l'effet d'une remise par rapport à lui, en vertu de l'adage *in judicio quoque contrahimus :* en conséquence, il doit libérer le débiteur pour la part de ce créancier dans la dette. Quant à la part des autres, c'est *res inter alios judicata;* car les créanciers n'ont pas, par la nature de la créance, qualité pour plaider les uns pour les autres, puisqu'ils ne l'ont pas pour remettre la dette, ni pour déférer le serment. En traitant de cette matière, nous avons expliqué ce que chacun d'eux pouvait faire et ce qu'il ne pouvait faire avec effet quant aux autres.

Et, *vice versâ*, le jugement rendu sur la demande de l'un d'eux ne profite pas aux autres, si ce n'est toutefois que la demande a interrompu la prescription à leur profit, conformément à l'art. 1199.

522. Un débiteur a successivement hypothéqué un immeuble à Primus, à Secundus, et à Tertius. Ce dernier a contesté la validité de l'hypothèque de Primus, ou seulement la priorité de rang à son égard, et il a obtenu un jugement qui a acquis l'autorité de la chose jugée. On peut aussi supposer qu'il avait contesté la validité de l'hypothèque de Secundus, ou sa priorité de rang; qu'il avait également obtenu un jugement, mais que Secundus en ayant appelé, ce jugement a été réformé, tandis que Primus n'a pas appelé de celui qui le concernait, ou bien a succombé aussi en appel. Le jurisconsulte Paul, dans la loi 16, ff. *qui potiores in pign. vel hypoth. habeantur,* discute la question de savoir si Tertius peut prétendre avoir la priorité d'hypothèque sur Secundus, attendu qu'il l'a, par l'effet du jugement, sur Primus, qui l'a lui-même sur Secundus, et il décidé, avec beaucoup de raison, la question par la négative. En conséquence, si, en conformité du jugement, Tertius revendiquait l'objet du gage sur Primus, rien n'empêchait Secundus de le revendiquer sur lui Tertius, et suivant le système des lois romaines, d'en empêcher la vente tant qu'il n'était pas payé, ou que le montant de sa créance ne lui était pas offert.

Il est bien vrai, et c'est là une objection que se fait le jurisconsulte, que si Tertius eût payé Primus, il aurait été à son lieu et place, et alors Secundus n'eût pu revendiquer sur lui l'objet du gage; mais il ne l'a pas payé; seulement *superavit illum in judicio.* Et peu importe

(1) On cite toutefois un arrêt contraire de la cour de Paris, du 20 mars 1809 (Dalloz, 27, 204.). Voët et le président Fabre sont de notre avis.

aussi qu'il se trouve avoir la préférence sur lui Primus, et que celui-ci l'eût lui-même sur Secundus ; l'adage *si vinco vincentem te, à fortiori vincam te* n'est applicable que lorsque la cause qui donne à l'un la préférence sur un autre est la même que celle qui la donne à celui-ci sur un troisième : alors le premier, qui l'emporte sur le second, l'emporte effectivement sur le troisième; et tel est le cas de la priorité de date en fait d'hypothèque. Mais dans l'espèce, ce qui donne la préférence à Tertius sur Primus, c'est seulement le jugement; et ce qui la donne à Secundus sur lui Tertius, c'est la date de son hypothèque : or, ce jugement est à l'égard de Secundus *res inter alios judicata, quæ aliis nec prodest nec nocet;* et c'est ce que dit textuellement le jurisconsulte.

Aussi, dans le cas où le produit de l'immeuble ne suffirait pas pour payer aussi la seconde créance, et où par conséquent Secundus aurait intérêt à invoquer le jugement rendu contre Primus au profit de Tertius, il ne le pourra pas. Vainement dirait-il qu'ayant la priorité sur Tertius, qui se trouve l'avoir lui-même sur Primus, il doit l'avoir aussi sur celui-ci. C'est pareillement ce que décide Paul.

Dans notre droit, où tout créancier hypothécaire peut, à défaut de payement, poursuivre la vente des biens hypothéqués, l'intérêt de la question ne se présente pas absolument sous la même face que dans le droit romain; mais elle a toujours beaucoup d'importance relativement à l'ordre qu'il y aura à suivre dans la distribution du prix des biens vendus, dans le cas où ce prix ne suffirait pas à payer tous les créanciers hypothécaires, ce qu'il faut même généralement supposer pour qu'elle puisse s'élever; car, dans le cas contraire, les créanciers n'auront pas d'intérêt à se contester la validité ou la priorité de leur hypothèque. Et voici comment, en pareil cas, l'on devrait procéder à la distribution de ce prix. Le premier créancier en date sera aussi le premier colloqué, mais le troisième, qui a obtenu contre lui le jugement dont il s'agit, prendra le montant de sa créance, ou jusqu'à due concurrence, sur le montant de cette collocation; le second viendra ensuite; et enfin le troisième, s'il n'a pas été payé en totalité avec la collocation du premier, et s'il reste quelques fonds après les deux premières collocations.

Par exemple, s'il est dû 10,000 fr. à Primus, 15,000 fr. à Secundus, et 20,000 fr. à Tertius, et que l'immeuble ait produit 40,000 fr., Tertius prendra les 10,000 fr. qui doivent être attribués à Primus, Secundus recevra ses 15,000 francs, et Tertius 10,000 fr. sur les 15,000 fr. restants; en sorte que Primus perdra 5,000 fr. Il ne peut pas se plaindre de ce que Secundus, qui lui est postérieur en ordre d'hypothèque, soit payé intégralement quand lui Primus ne l'est pas; car la perte qu'il éprouve résulte du jugement qu'a obtenu contre lui Tertius, et Secundus reste toujours dans la même position : il eût été payé intégralement dans l'espèce sans ce jugement, et il l'est en effet.

Que si l'on suppose que c'était à lui Primus qu'il était dû 20,000 fr., et à Tertius seulement 10,000, et toujours à Secundus 15,000 fr., Tertius prendra ses 10,000 fr. sur la collocation de Primus, Secundus ensuite ses 15,000 fr. et Primus les 5,000 fr. restants, et il perdra pareillement 5,000 fr.

Et si l'immeuble n'a rendu que 20,000 fr. seulement : dans la première hypothèse, Primus, créancier de 10,000 fr., sera bien aussi colloqué en premier lieu, mais Tertius, créancier de 20,000 fr., les lui enlèvera par l'effet du jugement; Secundus prendra les 10,000 fr. restants, et perdra ainsi 5,000 fr., Primus les 10,000 fr. qui lui étaient dus, et Tertius aussi 10,000 fr. Dans la seconde hypothèse, Tertius prendra ses 10,000 fr. sur les 20,000 fr. montant de la collocation de Primus, et Secundus n'aura rien, puisqu'en effet il n'aurait rien eu non plus si le jugement n'avait pas eu lieu; or, ce jugement ne doit pas plus lui profiter que lui nuire. C'était à lui d'en faire rendre un semblable, s'il était en droit de le faire, auquel cas il eût été colloqué avant Primus, et Tertius n'aurait pas eu à prendre le montant de sa créance sur la collocation qui lui était attribuée à lui Primus.

523. Par l'effet du même principe, si je forme demande en revendication contre Pierre et Paul, qui possèdent en commun un fonds que je prétends m'appartenir; que j'obtienne

jugement, mais que l'un d'eux seulement en interjette appel, et que le jugement soit réformé sur l'appel, je serai à la place de l'autre; car l'appel n'a dû profiter qu'à celui qui l'a formé. Quant à l'autre, l'autorité de la chose jugée a toute sa force à mon profit.

524. La loi 30, ff. *de liberali causâ*, suppose que deux personnes se prétendant propriétaires chacune pour moitié d'un individu qu'elles considéraient comme leur esclave, ont formé, chacune en particulier, demande en reconnaissance de leur droit, afin d'avoir l'homme en question comme esclave : cet homme a été déclaré libre sur la demande de l'un, mais esclave sur la poursuite de l'autre. Julien rapporte que le sentiment de Sabinus et de Cassius était que l'individu devait être considéré comme esclave par rapport à celui qui l'avait fait juger tel, et c'était aussi l'avis de Julien; mais cependant, ajoute-t-il, comme il serait absurde que cet homme fût considéré comme esclave seulement pour partie et libre pour partie, il vaut mieux, *et favore libertatis,* dire qu'il est libre, à la charge toutefois par lui de payer la moitié de ce qu'il vaudrait s'il était esclave, et à dire d'experts. On trouve une semblable décision dans la loi 29, *princip.,* ff. *de except. rei judicatæ.*

525. Et dans le cas où, sur la demande d'un créancier d'un défunt, le successible de celui-ci a été condamné comme héritier, ce jugement doit sans doute être exécuté, s'il est passé en force de chose jugée; mais il ne fait loi que pour celui qui l'a obtenu, et seulement par rapport à la chose qui a fait l'objet du procès (1). A l'égard d'un autre objet ou d'un autre créancier, il ne décide absolument rien quant à la qualité d'héritier. Les autres créanciers ne pourront prétendre, en invoquant l'art. 800 du Code civil et l'art. 174 du Code procédure, que celui qui a été condamné est héritier; car ces articles statuent par rapport au créancier qui a obtenu le jugement; à l'égard de tous autres, c'est l'art. 1351 qui est la véritable règle à suivre. Peu importe la prétendue indivisibilité des qualités qui cesserait par le résultat des jugements contraires qui seraient rendus. C'est aux autres créanciers, s'ils le peuvent, à en faire rendre de semblables en leur faveur, en se fondant, s'ils le veulent, sur les mêmes faits que ceux qui ont servi de base au premier pour décider que le successible avait fait acte d'héritier; mais aussi, sauf aux juges à examiner si ces faits constituaient réellement la prise de qualité d'héritier. Comme c'est un point que nous avons discuté avec étendue au titre *des successions,* tome VII, n° 25, nous y renvoyons pour éviter de répéter les motifs de cette décision.

526. Et par la même raison, nous renvoyons au titre *de la paternité et de la filiation* (t. III, n° 102), relativement aux jugements sur des questions d'état. On y verra l'analyse d'un arrêt de la cour d'Angers, du 11 avril 1821 (2), par lequel un enfant qui avait précédemment été jugé enfant illégitime par rapport à ses parents paternels, a néanmoins ensuite été jugé enfant légitime par rapport aux parents de sa mère, sans que cette contrariété de jugements pût être levée soit par la voie de la requête civile, soit par celle de cassation; car ils n'avaient pas été rendus entre les mêmes parties.

Nous y citons aussi (en note) un arrêt de cassation d'une décision de la cour de Poitiers, rendu en conformité de la rigueur du principe que les jugements ne font loi qu'entre ceux qui ont été parties dans la cause ou leurs représentants, quelque indivisible qu'on puisse supposer la matière. Dans l'espèce, deux jugements condamment la dame Voyneau, pendant l'émigration de son mari, à reconnaître un enfant comme né de son mariage avec le sieur Voyneau, et à lui fournir, à ce tire, les aliments nécessaires. De retour en France, Voyneau refuse de reconnaître cet enfant; il se pourvoit par tierce opposition aux jugements, comme lui préjudiciant, et comme n'y avant pas été représenté,

(1) * Le jugement qui condamne un successible en qualité d'héritier, profite à ceux même qui n'y ont pas été parties. (Brux., 9 décembre 1815; 3 mai 1828; J. de B., 1815, 2, 268; J. du 19e s., 1831, 3, 25; Merlin, *Quest.*, v° *Héritier*, § 8; Carré, *Lois de l'org.*, 3, n° 321.)

(2) Sirey, 1822, 2, 177; Dalloz, 4, 140.

La cour de Poitiers le déclare non recevable, sur le fondement de l'autorité de la chose jugée, attendu l'indivisibilité de la qualité d'enfant; mais son arrêt fut cassé (1) comme violant le principe que la chose jugée ne fait autorité qu'entre les parties au procès, et vu que dans l'espèce le sieur Voyneau n'avait point été représenté par son épouse. De sorte que si, sur le renvoi qui a eu lieu à une autre cour, Voyneau a gagné son procès, ainsi que cela est à présumer, on aura vu, comme dans la précédente affaire, un individu être enfant légitime par rapport à sa mère et aux parents de celle-ci, et bâtard adultérin par rapport à celui qui était le mari de sa mère à l'époque de sa naissance.

527. D'après ces principes, si Paul, après la mort de Jean, se présente comme son enfant légitime, et qu'il fasse juger son état contradictoirement avec Pierre, fils de Jean, et obtienne, à ce titre, la moitié de la succession de ce dernier, mais que Charles, autre fils de Jean, que l'on croyait mort, tandis qu'il était prisonnier de guerre, reparaisse après que le jugement a eu acquis l'autorité de la chose jugée, et prétende que Paul est étranger à la famille, on doit décider, dans ce cas, que ce jugement, comme *res inter alios acta*, ne peut être opposé à Charles, ou du moins que celui-ci est recevable à y former tierce opposition, même sans être tenu de prouver qu'il a été rendu par collusion. Aussi l'article 100 du Code civil porte-t-il que les jugements en rectification des registres de l'état civil ne pourront être opposés à ceux qui ne les auront point requis ou qui n'y auront pas été parties.

Peu importe que ce soit la même question qu'il y aura ensuite à juger sur la tierce opposition, et la contrariété des jugements qui pourra en résulter sur un fait qui est cependant indivisible en soi; car, Pierre, dans l'espèce, ne représentait pas plus Charles dans ce jugement, qu'un héritier, dans les causes ordinaires, ne représente son cohéritier : leur intérêt était semblable, sans doute, mais il était principal pour l'un comme pour l'autre.

(1) 6 janvier 1809. (Sirey, 9, 1, 49.)

Autre chose serait si c'était avec Jean, son père, que Paul eût fait juger son état : le jugement rendu alors avec le seul contradicteur légitime ferait loi pour toute la famille, même pour les collatéraux, et dans la succession de ceux-ci, attendu qu'il serait déclaratif de ce fait, que Paul est fils de Jean; et ce fait aurait été déclaré avec celui qui avait qualité pour le contredire avec toutes les conséquences de droit, puisque, chef de la famille, il la représentait tout entière (2).

Mais Pierre, dans le cas dont il s'agit, n'est qu'un membre de cette famille; il ne représentait point Charles au procès, sa mauvaise défense ne doit donc point nuire à celui-ci, dont le droit était tout aussi principal que le sien. En conséquence, si, sur la tierce opposition, Charles obtient un jugement contraire qui passe également en force de chose jugée, par défaut d'appel ou par confirmation en appel, il devra avoir la moitié de la succession de Jean.

Mais d'un autre côté, comme le jugement doit conserver ses effets entre les parties (car qui pourrait, légalement parlant, dire quel est celui des deux jugements qui a été bien rendu?), et que par cela même Paul et Pierre se trouvent avoir des droits égaux, ils devront partager l'autre moitié de l'hérédité par égales portions.

Quant au nom de famille, il y a plus de difficulté, vu l'indivisibilité absolue. On devrait, selon nous, décider en faveur de la légitimité, comme à Rome, dans des cas analogues, on décidait en faveur de la liberté, ainsi qu'on l'a vu plus haut.

528. Enfin, quant aux servitudes, le droit romain décidait que si l'un des copropriétaires d'un fonds auquel il était dû une servitude sur le fonds voisin, avait agi seul contre le propriétaire de ce dernier fonds, et avait perdu le procès par sa faute, le jugement ne devait pas nuire aux autres : *Si de communi servitute quis benè quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpâ suâ, non est æquum hoc cæteris damno esse* (L. 19, ff. *si servit. vindic.*) :

(2) *V.* tome III, nº 347.

ce qui reviendrait à dire chez nous, qu'ils peuvent y former tierce opposition. C'est en effet ce que nous croyons, et Barthole interprète cette loi en ce sens. Mais elle ajoute que si c'est par collusion avec l'autre partie que le demandeur a perdu le procès, les copropriétaires ont contre lui l'action *de dolo : Sed si per collusionem cessit litem adversario, cæteris dandam esse actionem de dolo Cassius scripsit.* C'est-à-dire, comme l'interprète la Glose, que les copropriétaires feront réparer le préjudice souffert *ex capite doli*, lorsque le partage du fonds aura lieu sur l'action *communi dividundo.* Toutefois cette distinction ne serait pas suivie chez nous, car, à plus forte raison, la tierce opposition des copropriétaires serait-elle admise si le jugement avait été rendu par collusion.

Mais en sens inverse, comme l'un des associés peut améliorer la chose commune ; qu'il est même censé avoir mandat à cet effet de ses cointéressés, on devrait décider que le jugement obtenu par l'un des copropriétaires du fonds, et par lequel il serait reconnu que ce fonds a un droit de servitude sur le fonds voisin, profite aussi aux copropriétaires. La stipulation d'une servitude par l'un des propriétaires, serait valable dans notre droit, ainsi que nous l'avons dit précédemment (1), par application de l'article 1121, en citant à l'appui le sentiment de Voët; or, le jugement doit avoir le même effet, parce que *in judicio quoque contrahimus.*

§ III.

Des présomptions qui ne sont point établies par la loi, et qui sont abandonnées à la sagesse du magistrat.

SOMMAIRE.

529. *Texte de l'art.* 1353.
530. *Les derniers mots de cet article ne veulent pas dire que la preuve par témoins n'est pas admissible pour prouver la fraude ou le dol.*
531. *Dans tous les cas où la preuve testimoniale serait admissible, le juge peut se décider par le secours des présomptions que la loi abandonne à ses lumières.*
532. *L'appréciation de leurs caractères est dans le domaine du juge, dont la décision à cet égard est à l'abri de la censure de la cour de cassation.*
533. *Elles doivent être graves, précises et concordantes.*

529. « Les présomptions qui ne sont point » établies par une loi spéciale, porte l'article 1353, sont abandonnées aux lumières et » à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises » et concordantes, et dans les cas seulement où » la loi admet les preuves testimoniales, à moins » que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude » ou de dol. »

530. De ces derniers mots, *à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol,* il ne faut toutefois pas conclure que la preuve par témoins n'est point admissible dans les cas où l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol ; ce serait une erreur, que nous avons déjà repoussée en traitant du *dol*, au tome X, n° 196. Nous y avons fait sentir le vice de rédaction de l'article, en démontrant, par les autorités les plus graves, que la preuve des faits de fraude comme des faits de violence peut se faire par témoins, même sans commencement de preuve par écrit, aussi bien au civil que devant les tribunaux correctionnels. Sans doute il était bien inutile d'ajouter ces mots; car, comme la preuve par témoins est reçue pour prouver le dol ou la fraude, puisque la partie lésée n'a pu s'en procurer une preuve écrite, il est clair que dès que le juge pouvait se décider par le secours de présomptions graves, précises et concordantes, dans les cas où les preuves testimoniales sont admissibles, il devait le pouvoir par cela même dans ceux où l'acte serait attaqué pour cause de dol ou de fraude : cela allait de soi-même (2).

(1) Tome V, nos 467 et 551.

(2) * V. cass., 10 juin 1816 ; Req., 17 août 1829 ; 1er février 1832 ; Dalloz, 21, 254 ; Sirey, 16, 447 ; 29, 368 ; 32, 139.

531. Il faut, au surplus, bien remarquer que l'article ne dit pas que le magistrat pourra se décider par le secours des présomptions graves, précises et concordantes, dans les cas où l'objet de la contestation n'excédera pas 150 francs, somme au delà de laquelle, en principe, la preuve par témoins n'est pas reçue; sa disposition à cet égard est beaucoup plus générale : elle lui permet indistinctement de se décider par leur secours dans les cas où la loi admet les *preuves testimoniales;* or, elle les admet, par exception, dans d'autres cas que ceux où l'objet de la contestation n'excède pas 150 francs, puisqu'elle les admet dans tous ceux où il y a un commencement de preuve par écrit, et dans tous ceux aussi où il n'a pas été possible à la partie de se procurer une preuve littérale. En se servant de ces expressions au pluriel, *les preuves testimoniales*, l'article démontre évidemment que l'on a voulu comprendre tous les cas où la preuve par témoins serait recevable (1).

532. Il faut que les présomptions soient graves, précises et concordantes; mais l'appréciation de leurs caractères est évidemment dans le domaine du juge, dont la décision à cet égard pourrait bien être réformée en appel comme un *mal jugé*, mais serait à l'abri de la censure de la cour de cassation; à la différence du cas où le juge se serait déterminé par leur secours dans des espèces où la loi n'autorisait pas l'admission de la preuve testimoniale. Dans ces cas il y aurait violation de la loi, et la décision dévrait être réformée par la cour suprême, si elle lui était déférée, quelque graves, précises et concordantes que fussent d'ailleurs les présomptions (2).

533. Pour être *grave*, une présomption doit reposer sur un fait connu, dont le magistrat ait à tirer le fait inconnu. Mais si le fait sur lequel on la fonde est lui-même incertain, la présomption n'est plus grave.

Une présomption cesserait d'être *précise* si elle était vague et susceptible de s'appliquer à plusieurs circonstances, et de faire naître ainsi des conjectures diverses.

Enfin les présomptions, pour être *concordantes*, doivent toutes reposer sur des faits qui ont du rapport entre eux, et il faut surtout que l'une ne détruise pas l'autre, en encontre-balançant la force; car alors, se neutralisant réciproquement, il ne resterait rien pour guider le magistrat.

La loi *Procula*, 26, ff. *de probat. et præsumpt.*, que nous avons déjà eu occasion de citer (3), fournit un exemple remarquable de présomptions graves, précises et concordantes.

SECTION IV.

DE L'AVEU DE LA PARTIE.

SOMMAIRE.

534. *L'aveu opposé à une partie est de deux sortes.*

534. L'aveu est la déclaration par laquelle une partie reconnaît le droit ou l'exception de l'autre, ou quelque fait qui s'y rapporte (4).

L'aveu qui est opposé à une partie est de deux sortes :

L'aveu extrajudiciaire;

L'aveu fait en justice. (Art. 1354.)

Nous traiterons de chaque espèce d'aveu en particulier.

§ Ier.

De l'aveu extrajudiciaire.

SOMMAIRE.

535. *Quel est l'aveu extrajudiciaire.*

536. *L'allégation d'un aveu purement verbal ne peut être prouvée par témoins qu'au-*

(1) Voyez en ce sens l'arrêt de rejet du 18 mai 1806.

(2) V. l'arrêt de cassation du 1er mai 1815. (Sirey, 15, 1, 277; Dalloz, 4, 108.)

(3) Tome XII, no 370.

(4) * Les faits posés par une partie pour arriver à une preuve qui lui incombe, ne doivent pas être considérés de sa part comme un aveu de ces mêmes faits. (Brux., 3 décembre 1827; J. de B., 1828, 1, 117; J. du 19e s., 1828, 68.)

535. L'aveu extrajudiciaire est celui qui a lieu hors justice, soit dans une conversation, soit par lettre missive, soit dans quelque acte qui n'avait pas pour objet de servir de preuve du fait maintenant contesté ; car pour les déclarations faites dans des actes authentiques ou privés, ou même dans les papiers domestiques des parties, et qui ont pour objet de constater des obligations ou des payements, il en a été parlé précédemment ; et ce n'est pas de ces cas que s'occupe le législateur dans cette section du Code, quoique, du reste, l'on puisse dire également, dans un sens plus étendu, plus général, que ces déclarations sont aussi des aveux.

536. L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal, est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible. (Article 1355.)

Sans cela, rien ne serait plus aisé que d'éluder les règles sur les preuves par témoins : au lieu de demander à prouver par témoins que je vous ai prêté 300 fr., par exemple, dans telle circonstance, je demanderais à prouver de cette manière que vous avez déclaré avoir reçu de moi cette somme à titre de prêt, et que vous étiez encore mon débiteur à cet égard. Du reste, il n'est pas parfaitement exact de dire que dans ce cas l'aveu est *inutile ;* car le serment pourrait être déféré sur ce même aveu : il est seulement inutile en ce sens que la preuve par témoins ne peut en être admise.

537. Mais lors même que la somme excéderait 150 fr., si la preuve testimoniale était admissible, parce que l'on serait dans un des cas d'exception à la règle générale, l'aveu de la dette, quoique purement verbal, pourrait être prouvé par témoins, à la charge de prouver d'abord le cas d'exception : c'est là une conséquence nécessaire de l'art. 1355 et des principes sur la preuve testimoniale. Ainsi, s'il y avait commencement de preuve par écrit d'une dette de 300 fr., par exemple, et aveu extrajudiciaire purement verbal devant témoins, la preuve de cet aveu par les témoins serait incontestablement recevable. Il en serait de même de l'aveu verbal d'un dépôt nécessaire, ou d'une dette pour délit ou quasi-délit, ou gestion d'affaire, ou d'une dette contractée dans un cas d'accident imprévu, où l'on n'a pu faire un acte ; mais toujours à la charge de prouver d'abord le fait qui donne lieu à l'exception.

538. Dumoulin (1) distinguait l'aveu ou confession faite à la partie ou à celui qui la représente, comme son tuteur, son procureur, en présence de témoins, de l'aveu fait à des tiers hors de la présence de la partie. Selon lui, l'aveu, dans le premier cas, fait preuve complète, s'il est prouvé; mais il ne peut l'être par témoins, s'il est purement verbal, que lorsque la preuve par témoins serait admissible. Dans le second cas, l'aveu ne fait qu'une preuve imparfaite, qui a besoin d'être complétée par le serment supplétoire.

539. Pothier faisait une autre distinction. Si, dit-il, mon débiteur est convenu extrajudiciairement me devoir une certaine somme, et qu'assigné pour la payer, il nie me la devoir, l'aveu qu'il a fait devant témoins établit la dette, sans

(1) *Ad legem 3, ff. rebus creditis.*

qu'il puisse être ensuite écouté à alléguer sans preuve qu'il l'a payée. Son mensonge ne permet pas qu'on ajoute foi à son assertion actuelle. Mais s'il convient m'avoir effectivement dû cette somme, et qu'il assure me l'avoir payée depuis l'aveu qu'il a fait devant témoins, il doit être renvoyé de la demande, soit que l'aveu eût été fait à des tiers, soit qu'il l'eût été à moi, dans une conversation devant témoins, et même dans une lettre, ou tout autre acte qui n'était pas destiné à me servir de titre ou de preuve.

Et quant à ce que dit Dumoulin, que l'aveu fait à des tiers ne fait pas pleine preuve même dans les cas où la preuve par témoins est admissible, Pothier, d'après Guthièrez, décide qu'il en doit être autrement dans certains cas : « Par » exemple, dit-il, si un malade fait venir deux » personnes, auxquelles, dans la crainte où » il est d'être surpris par la mort, il déclare » qu'il me doit une somme de 100 livres, que » je lui ai prêtée sans billet, une telle con- » fession, quoique faite à des tiers, me pa- » raît devoir faire une preuve complète de la » dette.

» Il en est de même lorsque mon débiteur, » dans un inventaire pour dissoudre une so- » ciété, comprend dans le passif la dette dont » il est tenu envers moi, quoique la confession » ait été faite hors de ma présence. »

A plus forte raison, ajoute-t-il, si un créancier a avoué à des tiers, sur la réquisition du débiteur ou d'une personne chargée par lui à cet effet, avoir reçu un payement, cet aveu fait-il pleine foi contre lui.

Plusieurs docteurs pensent même que l'aveu du payement fait par le créancier à des tiers, hors de la présence du débiteur, fait une preuve complète; Guthièrez pense qu'il ne fait qu'une preuve incomplète, qui aurait besoin d'être confirmée au moins par le serment supplétoire; et Pothier dit que cela dépend beaucoup des circonstances.

Enfin, Perez, *ad Codicem*, tit. *de confessis*, n° 17, dit que, suivant l'opinion commune, l'aveu, en général, fait à des tiers en l'absence de la partie, fait bien une semi-preuve, mais qu'il faut encore que la dette ou le payement aient été circonstanciés, que la cause en ait été expliquée devant eux.

540. Ces distinctions entre l'aveu fait à la partie en présence de témoins, et celui qui a été fait à des tiers hors de sa présence, nous paraissent inadmissibles dans le droit actuel : l'art. 1355 ne les fait point; seulement il écarte la preuve par témoins d'un aveu purement verbal, toutes les fois que la preuve testimoniale elle-même ne serait pas admissible, ce qui est parfaitement raisonnable; mais voilà tout. Il faut en effet bien se garder de confondre l'aveu d'une dette fait devant des tiers, en présence ou hors de la présence du créancier, avec une stipulation au profit d'un tiers : l'aveu ne produit lui-même aucun droit nouveau; il n'est que la déclaration de celui qui existe déjà; la stipulation, au contraire, a pour objet de faire naître un droit; or, régulièrement, une stipulation ne profite pas aux tiers : on ne peut, en général, stipuler que pour soi-même et ses héritiers (art. 1119, 1122, et 1165 combinés); sauf les exceptions établies à l'art. 1121, et dans quelques autres cas encore, que nous avons expliqués en analysant cet article, au tome X.

Nous concluons donc que la distinction de Dumoulin, admise aussi par beaucoup de docteurs, n'est pas fondée aujourd'hui, et qu'ainsi l'aveu, quoique fait hors de la présence de la partie, fait pleine preuve, soit qu'il s'agisse de l'obligation, dont la cause aussi aurait été déclarée, soit qu'il s'agisse du payement, mais toutefois qu'il ne pourra être prouvé par témoins, s'il est purement verbal, que dans les cas seulement où la preuve testimoniale serait admissible (1).

541. Et quant à la distinction de Pothier, nous pensons bien avec lui que si un débiteur, après avoir avoué sa dette devant témoins, soit

(1) * L'allégation de l'aveu judiciaire est inutile lorsqu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale n'est pas admissible, alors même que l'on offre la preuve de cet aveu autrement que par témoins. (Brux., 7 février 1827; J. du 19e s., 1827, 3, 46; Dalloz, 21, 264)

en présence, soit en l'absence du créancier, nie ensuite en justice avoir contracté cette même dette, et qu'elle soit prouvée par la déclaration des témoins, nous pensons bien, disons-nous, qu'il ne doit pas être écouté à alléguer sans preuve qu'il l'a payée, car elle est établie par la déposition des témoins, et sa dénégation mensongère ne permet pas d'avoir foi dans son assertion actuelle touchant le prétendu payement de la dette. Il n'y a pas lieu de dire ici que l'aveu ne doit pas être divisé : c'est au contraire le cas de la règle que celui qui se prétend libéré doit justifier du fait qui a produit sa libération. (Art. 1315.)

Mais il y a quelque difficulté dans la seconde partie de la décision de Pothier, quand il dit que si, après l'aveu de la dette fait devant témoins, le débiteur assigné en payement convient avoir dû la somme, mais assure l'avoir payée depuis l'aveu qu'il avait fait de cette dette, il doit être renvoyé de la demande, soit que l'aveu eût été fait à des tiers, soit qu'il l'eût été au créancier dans une conversation devant témoins, soit dans une lettre, ou tout autre acte qui n'était pas destiné à servir de titre et de preuve au créancier. Il n'y en aurait pas assurément si la déclaration du débiteur devant les tiers eût porté tout à la fois sur le payement et l'emprunt, par exemple, comme lorsque quelqu'un avoue en justice avoir effectivement reçu du demandeur un prêt ou un dépôt, mais déclare en même temps l'avoir restitué. Dans ce cas, nul doute, en effet, qu'il ne fallût prendre l'aveu dans son entier. Mais dans l'espèce donnée par Pothier, les choses ne se sont point passées ainsi : l'aveu fait devant les témoins n'est relatif qu'à la dette, qui se trouve ainsi prouvée par la déposition des témoins; or, le payement d'une dette justifiée a besoin de l'être aussi, puisque celui qui se prétend libéré doit justifier du fait qui a produit sa libération; et ici il n'y a que sa dénégation. Il est vrai que ce n'est que par son aveu devant les témoins que le créancier a acquis la preuve de sa demande, mais ce fait est un fait accompli, indépendant de ce qui a pu avoir lieu ensuite; et il a pu avoir lieu d'ailleurs dans des circonstances où le débiteur ne pouvait peut-être guère faire autrement que de reconnaître la dette; ce qui est une réponse à l'objection tirée de ce que s'il a été d'assez bonne foi pour l'avouer, on doit l'en croire aussi lorsqu'il dit l'avoir payée.

D'un autre côté, on peut dire que dans la plupart des cas, l'aveu du débiteur sera spontané, et que dès lors prouvant sa bonne foi, on ne doit pas supposer que ce même débiteur a ensuite changé de conduite, et qu'il veuille aujourd'hui, en alléguant un payement qu'il n'aurait pas fait, se dispenser de payer une dette légitime qu'il a précédemment reconnue sans que rien l'y obligeât. L'on peut ajouter que, nonobstant son aveu, il n'a pas dû naturellement demander un reçu de payement d'une dette pour laquelle le créancier s'en était rapporté à sa bonne foi. Autre chose, sans doute, serait si la dette avait d'abord été contractée devant témoins, parce qu'alors le créancier se trouvait avoir une preuve, et rien n'eût raisonnablement empêché le débiteur ou de retirer un reçu, ou bien de payer aussi devant témoins. Mais le cas en question est bien différent; aussi, tout bien examiné, nous pensons que la solution de la question dépendrait beaucoup des circonstances de l'affaire. Mais, en thèse générale, nous nous rangeons volontiers au sentiment de Pothier.

542. Pour que l'aveu fasse preuve, il est nécessaire que celui qui l'a fait fût alors capable de s'obliger pour l'objet auquel se rapporte l'aveu. Ainsi l'aveu d'un mineur ou d'une femme mariée non autorisée de son mari, ne ferait foi que sous les distinctions que nous avons établies en traitant de la capacité de ces personnes.

543. L'aveu fait par quelqu'un fait bien preuve contre ses héritiers; mais, dit Pothier, si quelqu'un avait confessé devoir à une personne à laquelle les lois lui défendaient de donner, cet aveu ne ferait pas preuve contre ses héritiers, à moins que la cause de la dette ne fût bien circonstanciée; car, *qui non potest donare, non potest confiteri*. Cependant, comme la somme, pour que l'aveu puisse être prouvé par témoins, doit généralement être peu importante, les tribunaux auraient à examiner les circonstances de la cause.

544. L'aveu tacite a le même effet que l'aveu formel (1) : aussi le payement que fait une personne est un aveu de la dette. Et si elle prétend après coup avoir payé mal à propos, elle doit justifier qu'elle ne l'a fait que par erreur, c'est-à-dire prouver qu'il n'y a pas de dette. (Art. 1235, et L. 25, *princip.*, ff. *de probat. et præsumpt.*)

Voyez, quant aux deux limitations que le jurisconsulte apporte à sa décision, ce qui a été dit au tome précédent, nos 11 et suivants.

§ II.

De l'aveu judiciaire.

SOMMAIRE.

545. *L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.*
546. *Rapprochement de l'art. 352 du Code de procédure avec l'art. 1356 du Code civil.*
547. *En général, on ne peut faire interroger sur les faits de la cause que celui qui a la disposition de l'objet sur lequel porterait l'aveu.*
548. *Cas où c'est un administrateur d'établissement public, un tuteur ou un mari qu'on veut faire interroger.*
549. *Le droit de faire interroger appartient à chacune des parties.*
550. *Le Code de procédure n'a pas maintenu la disposition de l'ordonnance de 1667 qui obligeait la partie interrogée à prêter d'abord le serment de dire vérité.*
551. *L'aveu fait par celui qui avait capacité à cet effet prouve pleinement contre lui.*
552. *A son égard, l'aveu est assimilé à l'autorité de la chose jugée.*
553. *L'aveu doit être pris en son entier : il ne peut être divisé.*
554. *On ne suit pas cette règle dans les matières criminelles.*
555. *Et comment elle doit être entendue dans les matières civiles et commerciales.*
556. *L'aveu ne peut être révoqué pour erreur de droit; mais il peut l'être pour erreur de fait.*
557. *Application de la règle que l'aveu ne peut être révoqué pour erreur de droit.*
558. *Autre exemple.*
559. *De ce qu'un mineur devenu majeur a avoué avoir reçu une somme à titre de prêt, il n'en faut pas conclure qu'il a avoué par là avoir fait un bon emploi des deniers.*
560. *L'aveu d'une dette de jeu défendu ne signifie rien.*
561. *L'aveu fait au bureau de conciliation est un aveu fait en justice.*
562. *Celui qui est fait devant un tribunal de commerce incompétent à raison de la matière, n'est qu'un aveu extrajudiciaire.*
563. Secùs *si ce tribunal n'était incompétent qu'en raison de la personne.*
564. *S'il faut, pour que l'aveu fait en justice soit obligatoire, que l'autre partie soit présente.*

545. L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. (Art. 1356.)

Il peut avoir lieu ou par des actes de procédure signifiés dans le cours de l'instance, ou à l'audience, par la partie elle-même ou son fondé de pouvoir spécial, ou enfin dans un interrogatoire sur faits et articles; car les parties peuvent, en toutes matières (2), et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents, concernant seulement la matière dont est question, sans retard de l'instruction ni du jugement. (Art. 324, Code de procéd.)

546. D'après l'art. 352 du même Code, aucunes offres, *aucun aveu* ou consentement ne peuvent être faits, donnés ou acceptés, sans un pouvoir spécial, à peine de désaveu de l'offi-

(1) * Le silence ou le non-désaveu ne peut, en général, tenir lieu d'aveu tacite. (Brux., cass. 14 juillet 1818; J. de B., 1818, 1, 71.)

(2) *V.* toutefois ce qui a été dit au sujet des demandes en *séparation de corps*, au tome II, no 602.

cier ministériel qui les aurait faits, donnés ou acceptés.

Si donc l'aveu fait par l'avoué n'a pas eu lieu en vertu d'un pouvoir spécial de la partie, il n'oblige point cette partie, en ce sens qu'elle peut le détruire par le désaveu; mais puisque la loi trace des formes à ce sujet, ces formes doivent être observées, sinon l'aveu lie irrévocablement la partie.

La raison de différence, quant à ce point, entre l'aveu fait par un mandataire ordinaire et l'avoué, sans mandat spécial dans l'un ni dans l'autre cas, se tire de la nature même des mandats. Dans le mandat ordinaire, tout ce qui a été fait par le mandataire au delà des bornes du mandat, n'est point obligatoire pour le mandant, à moins que celui-ci ne l'ait ratifié (art. 1998); en sorte qu'un simple désaveu suffit pour l'écarter; et il n'y a pas présomption que les pouvoirs s'étendent au delà de ce qui est contenu dans le mandat. Mais dans le mandat donné à l'avoué, il y a présomption que l'avoué a pouvoir de faire tout ce qui est relatif au procès; aussi est-il considéré *tanquàm dominus litis.* Toutefois ce n'est là, quant aux offres, aux aveux et aux consentements, qu'une simple présomption, dont la partie peut détruire l'effet; mais pour cela, il faut un désaveu en forme, c'est-à-dire une demande en désaveu suivie d'un jugement qui le déclare valable.

547. Quant aux personnes que l'on veut faire interroger sur faits et articles, il y a deux règles à suivre.

La première, c'est que la personne que l'on veut faire interroger doit, en général, avoir la disposition de l'objet sur lequel va porter l'interrogatoire. La fin qu'on se propose en employant cette voie, c'est d'obtenir un jugement contre celui qui est interrogé sur les faits de la cause, en sorte que l'aveu peut emporter aliénation réelle de l'objet du procès : d'où il suit qu'il ne peut être provoqué que d'une personne qui a la disposition de cet objet; et là se place ce que nous avons dit sur la capacité des personnes.

548. Les administrations d'établissements publics sont tenues de nommer un administrateur ou agent pour répondre sur les faits et articles qui leur auront été communiqués : elles donnent, à cet effet, un pouvoir spécial dans lequel les réponses doivent être expliquées et affirmées véritables, sinon les faits peuvent être tenus pour avérés; sans préjudice du droit de faire interroger les administrateurs et agents sur les faits qui leur seraient personnels, pour y avoir, par le tribunal, tel égard que de raison. (Art. 336, Cod. de procéd.)

Et puisque, d'après l'art. 2275 du Code civil, le serment peut être déféré à un tuteur, dans les cas prévus à cet article, on peut par la même raison le faire interroger sur les faits de la cause dans ces mêmes cas. On le pourrait encore dans d'autres, lorsqu'il s'agirait de créances mobilières, ou d'objets mobiliers; et il peut être interrogé dans tous les cas où il s'agirait de faits qui lui seraient personnels.

Un mari peut toujours être interrogé sur des faits relatifs à l'administration des biens de sa femme, qui lui appartiendraient d'après le régime sous lequel il serait marié, et dans tous les cas aussi où les faits lui seraient personnels.

Mais, en général, on ne peut faire interroger une partie sur des faits qui ne lui sont pas personnels, parce qu'elle peut les ignorer. Cependant on pourrait la faire interroger sur le point de savoir si elle n'en a pas connaissance par ouï-dire ou par les papiers qu'elle a en main.

549. La deuxième des règles dont nous avons parlé, c'est que si le demandeur peut faire interroger le défendeur pour acquérir la preuve de la légitimité de sa demande, le défendeur peut user de la même voie pour acquérir la preuve de sa libération : ce droit est réciproque.

550. Sous l'ordonnance de 1667, tit. X, art. 7, les interrogatoires sur faits et articles étaient précédés de la prestation du serment, par la partie interrogée, de déclarer la vérité. « Le juge, portait cet article, *après avoir pris* » *le serment*, recevra les réponses sur chacun » fait et article. » Et Jousse, dans son Commentaire sur l'ordonnance, dit que le serment

était exigé à peine de nullité de l'interrogatoire (1).

Mais le Code de procédure ne le prescrit point, et le juge-commissaire ne pourrait ordonner à la partie de le prêter, sans outre-passer ses pouvoirs; en sorte que s'il ne voulait pas procéder à l'interrogatoire avant la prestation du serment, les faits ne pourraient pas pour cela être tenus pour confessés par le refus de la partie de le prêter.

551. L'aveu fait par celui qui avait capacité à cet effet, fait pleine foi contre lui, ou contre la personne qu'il représente; en sorte que si quelqu'un assigné a confessé devoir la somme ou la chose qui lui est demandée, ou si le demandeur avoue avoir fait une remise ou reçu un payement, la demande ou l'exception se trouve pleinement justifiée.

Mais il ne fait point, comme le serment décisoire, une preuve en faveur de celui qui l'a fait. Ce n'est pas pour en faire dépendre la décision de la cause, qu'il est provoqué; c'est afin que, des réponses, l'on puisse avoir la preuve qui manque : *ut confitendo vel mentiendo sese oneret* (L. 4, ff. *de interrog. in jure factâ*); au lieu que le serment est une sorte de transaction.

552. Mais contre celui qui l'a fait, l'aveu est assimilé à l'autorité de la chose jugée (2). (L. unique, au Code, *de confessis.*) La raison qu'en donne le jurisconsulte Paul, dans la loi 1re, ff., au même titre, c'est que, *is qui confessus quodammodò suâ sententiâ damnatur.* Aussi Ulpien dit-il, dans la loi 25, ff. *ad legem Aquiliam*, que les fonctions du juge se trouvent remplies par l'aveu de la partie qui l'a fait : *nullas esse partes judicantis in confitentem.* C'est en effet la partie qui s'est jugée elle-même (3).

553. Du reste, il est de principe, en matière civile et commerciale, que l'aveu ne peut être divisé : il doit être pris ou rejeté en son entier. (Art. 1356.)

554. Nous disons *en matière civile et commerciale,* parce qu'en matière criminelle on suit une autre règle : les jurés, dans les cours d'assises, et les juges dans les tribunaux correctionnels, doivent démêler dans les réponses de l'accusé ou du prévenu ce qui leur paraît conforme à la vérité, et rejeter les allégations qui leur paraissent mensongères.

555. Dans les matières civiles et commerciales elles-mêmes, la règle que l'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait, doit même s'entendre d'un aveu qui a été fait en une seule fois, par un même acte; car, comme l'aveu ne peut être rétracté, si ce n'est pour erreur de fait, ainsi que nous allons l'expliquer, il est clair que celui qui aurait lieu ensuite, et qui aurait pour objet de modifier plus ou moins le premier dans ses effets, au préjudice de l'autre partie, ne serait d'aucune considération. Tel serait le cas où, après avoir signifié un acte contenant tel aveu, ou après avoir fait telle déclaration à l'audience, une partie ferait ensuite, et hors le cas d'erreur de fait, signifier un nouvel acte, ou ferait une nouvelle déclaration, qui aurait pour objet de modifier l'aveu fait d'abord. Dans ce cas il y aurait deux aveux, et l'art. 1356 ne dit pas, *les aveux* ne pourront être divisés, mais bien *l'aveu* ne pourra être divisé.

Mais, en général, toutes les déclarations faites dans un même interrogatoire, ou dans un même acte, ou dans une même déclaration à l'audience, ne doivent pas être divisées : elles sont la condition les unes des autres; du moins tel est le principe; et s'il est susceptible d'exception, ce n'est que bien rarement (4).

(1) * Le serment est exigé en Belgique, d'après un arrêté-loi du 4 novembre 1814.

(2) * Merlin, *Quest.*, vo *Terrage*, § 1er.

(3) * L'aveu fait dans une instance n'est pas opposable dans une autre. (Req., 9 mai 1834.) Merlin, vo *Confession*, § 1, n'admet l'aveu comme preuve complète dans une autre instance qu'autant qu'il s'y joint d'autres adminicules.

(4) * On ne peut pas diviser l'aveu de celui qui reconnaît que la cause exprimée dans un acte est fausse, en ajoutant que l'acte a une autre cause. (Liége, 13 juin 1820; Rec., 7, 123.)

Si l'aveu est indivisible, quant aux faits qu'il contient, l'appréciation de ces faits et des conséquences qui en dérivent, appartient néanmoins au magistrat appelé à prononcer sur le différend. (Brux., 24 mars 1830;

Henrys, dans la sixième de ses *Questions posthumes*, en apporte deux : 1° lorsqu'il y a une forte présomption contraire à la condition qui modifie l'aveu; lorsqu'on a, outre l'aveu modifié par une condition, une preuve du fait avoué. Il fonde sa décision sur la loi 26, ff. *depositi vel contrà*. Mais, dit M. Merlin (1), l'avis de ce jurisconsulte n'est adopté que dans des circonstances où le juge est convaincu de la fausseté d'une partie de la confession; alors le juge doit se déterminer d'après les preuves, et rejeter ce qu'il croit faux dans une déclaration qui lui est justement suspecte. Et à l'appui de sa décision en principe, que l'aveu ne doit pas être divisé, M. Merlin cite quelques arrêts où effectivement il ne l'a pas été.

D'abord, cela ne résout pas la difficulté; car la question n'est pas de savoir si l'aveu, en principe, peut être divisé : on est d'accord qu'il ne peut l'être, en général; la loi le dit elle-même. Elle est de savoir s'il peut l'être dans quelques cas; ce qui revient à demander, par le fait, si le juge a un pouvoir discrétionnaire à cet égard, de manière que sa décision pût bien être réformée en appel, comme un *mal jugé*, mais non en cassation : et il paraîtrait, suivant la modification apportée par M. Merlin, qu'il en doit être ainsi.

En second lieu, la seconde exception apportée par Henrys au principe, ôte à la question presque tout son intérêt; car si la dette est prouvée autrement que par l'aveu, qu'importe l'aveu lui-même?

Lorsque la partie qui a fait l'aveu n'était nullement obligée par quelque circonstance particulière à le faire, parce qu'il n'existait contre elle aucun acte, aucune lettre, aucune preuve testimoniale admissible, on doit croire que, pouvant nier absolument le fait, si elle l'a avoué, avec quelque circonstance qui en détruit l'effet, ou qui le modifie, elle a dit la chose telle qu'elle existait. Dans ce cas, il n'est pas douteux que l'aveu ne doive généralement être pris ou rejeté en son entier. Par exemple, vous me demandez la restitution d'un dépôt que vous prétendez m'avoir été fait par votre auteur, et dont vous n'avez aucune preuve ni commencement de preuve : j'avoue avoir reçu le dépôt, mais je déclare l'avoir restitué à la personne qui me l'avait confié : mon aveu doit être pris en son entier (2); sauf à vous à me déférer le serment, si vous pensez que je serai lié davantage que par l'aveu.

Mais lorsque celui qui fait interroger a quelque preuve propre à démontrer que l'aveu est mensonger dans quelqu'une de ses parties, quelques personnes, comme Henrys, pensent qu'il peut être divisé, suivant les circonstances de l'affaire; et quelques arrêts de parlement, rapportés au Répertoire de M. Merlin, v° *Confession*, à l'endroit précédemment cité, l'ont ainsi jugé. Par exemple, je demande à Paul le payement d'une somme de trois cents francs que je lui ai prêtée sans billet : il avoue le prêt, mais il soutient qu'il me l'a remboursé il y a plus de trois mois : toutefois je produis une lettre d'une date bien postérieure, par laquelle il me demandait de lui accorder quelque délai. Si cette lettre exprimait la somme due et la cause de la dette, en thèse générale, elle fournirait une preuve complète, et la question ne présenterait guère plus d'intérêt. Mais elle n'exprime ni la somme ni la cause de la dette : celui qui l'a écrite s'y bornait à me demander un délai pour *ce qu'il me devait;* en sorte qu'elle ne prouve point complétement la

J. du 19e siècle, 1830, 3, 175; Dalloz, 21, 257.)

Lorsque la livraison d'une chose n'a pas été contestée, on ne peut, sous le prétexte de l'indivisibilité de l'aveu, prétendre qu'elle n'a eu lieu qu'à titre de donation. (Brux., 13 avril 1829; J. du 19e s., 1829, 3, 147.)

Celui qui veut tirer avantage d'un écrit portant reconnaissance ou aveu, ne peut le diviser, en ce qu'il contient de contraire à sa prétention. (Brux., 2 mars 1822; J. de B., 1822, 1, 184; Rejet, 28 janvier 1824; *ibid.*, 1, 17.)

Les réponses faites dans un interrogatoire sur faits et articles doivent être prises dans leur ensemble. L'aveu qui en résulte ne peut être divisé contre ceux qui l'ont fait. (Gand, 24 novembre 1837; J. de B., 1838, 31.)

L'aveu de la part d'un héritier d'avoir perçu quelques revenus dus à l'auteur commun, mais de les avoir renseignés ou payés à ses cohéritiers, est indivisible.

Il en est de même de l'aveu d'avoir eu en bail des immeubles du défunt, mais de lui en avoir payé les fermages ou tout au moins d'en avoir été gratifié par lui pour les grands services qu'il lui avait rendus. (Gand, 21 mars 1838; J. de B., 1838, 492.)

(1) Rép., v° *Confession*.

(2) * Liége, 2 frimaire an XIV; Rec., 1er, 193.

dette; elle n'est qu'un commencement de preuve. Cependant elle démontre, par sa date, le mensonge du défendeur, quand il a dit qu'il m'avait remboursé le prêt il y a plus de trois mois. il semblerait donc, en pareil cas, qu'on devrait pouvoir diviser l'aveu, ainsi que l'aurait décidé Henrys, et ainsi que le décidait M. Pigeau (1). En effet, lorsque la loi romaine dit que l'interrogatoire a pour but de faire que la partie interrogée se charge, ou en avouant la dette, ou en MENTANT : *ut vel confitendo, vel* MENTIENDO, *sese oneret,* elle suppose évidemment que l'aveu peut être divisé, car, sans cela, que ferait son mensonge? comment pourrait-il la charger, lors même qu'il porterait sur toutes les parties de l'aveu? cela serait impossible. Dans l'espèce, tout porte à croire qu'elle n'a avoué le prêt qu'à cause de la lettre, et si elle a déclaré l'avoir remboursé il y a plus de trois mois, c'est par une de ces méprises, un de ces oublis qui échappent quelquefois même à la fraude la plus astucieuse et la plus adroite.

Néanmoins, la question est infiniment douteuse; car l'art. 1356 ne fait aucune exception; il ne laisse en aucun cas au juge le pouvoir de diviser l'aveu, et l'on peut dire de deux choses l'une : ou celui qui fait interroger a des preuves suffisantes, ou il n'en a pas. Dans le premier cas, qu'il s'en contente; dans le second, qu'il prenne l'aveu tel qu'il est, et l'ajoute ainsi aux preuves qu'il peut avoir. Aussi inclinons-nous à ce dernier sentiment, nonobstant les raisons de douter exposées ci-dessus. Des arrêts, rapportés par M. Merlin, postérieurs à ceux précédemment cités, ont écarté la division de l'aveu dans des cas cependant où tout indiquait assez qu'il était mensonger dans quelqu'une de ses parties.

556. L'aveu, avons-nous dit, ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait; il ne peut l'être sous prétexte d'une erreur de droit (2). (Art. 1356.).

Ainsi, vous m'assignez en payement d'une somme que vous dites avoir prêtée à un de mes parents, dont je suis devenu l'héritier : ce parent m'avait fait part de cet emprunt aussitôt qu'il fut fait, et n'ayant pas eu occasion de me parler du payement qu'il a fait ensuite, je l'ignorais complétement : aussi ai-je avoué la dette. Mais depuis, j'ai trouvé une quittance de vous dans les papiers de la succession, et qui se rapporte parfaitement à ce prêt : je puis donc rétracter mon aveu, et par là prévenir la condamnation. Si elle a été prononcée, je puis appeler du jugement, dans le cas où il ne serait point encore passé en force de chose jugée. S'il l'est, voyez ce qui a été dit plus haut sur l'autorité de la chose jugée, n° 474.

557. Mais si le défendeur, poursuivi pour l'une de ces dettes sujettes aux prescriptions de six mois, d'un an ou de deux ans, ou à raison d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, confesse la dette, au lieu d'opposer la prescription, il ne pourra pas revenir contre son aveu, sous le prétexte qu'il ignorait que la loi lui donnait le moyen de la prescription; tant pis pour lui, s'il l'a en effet ignoré : il était censé connaître la loi. D'ailleurs, il y a encore une autre raison, c'est que la prescription, dans ces cas, n'est fondée que sur la présomption de payement, aussi le serment ne peut-il être déféré (art. 2275, Code civil, et 189, Cod. de comm.); or il a lui-même détruit cette présomption par son aveu.

Nous n'entendons toutefois pas dire par là qu'une obligation qui n'a point d'autre cause qu'une erreur de droit, est valable, ni qu'un payement fait par suite d'une erreur de cette nature ne peut être répété : nous avons démontré le contraire au tome X, n°s 127 et suivants, où nous citons en ce sens, même en ce qui concerne le payement, un arrêt de cassation du 24 janvier 1827.

558. Ainsi encore, si Paul formait contre Philippe, demande en payement d'un billet qui ne serait pas écrit en entier de la main de celui-ci, et qui ne contiendrait pas non plus, outre sa signature, le *bon* ou l'*approuvé* exigé par l'art. 1326, et que Philippe reconnût ef-

(1) Traité *de la Procédure civile*, chapitre *des preuves*, *à l'aveu*.

(2) L. 2, ff. *de confessis*.

fectivement avoir reçu la valeur du montant du billet, il ne pourrait pas revenir sur ses pas sous prétexte qu'il ignorait la disposition de cet article, qui l'autorisait à opposer la nullité; car cette nullité n'est fondée que sur la présomption d'une surprise possible, dont il aurait détruit l'effet par son aveu de la dette.

559. Mais de ce qu'un mineur devenu majeur avouerait un prêt qui lui a été fait en minorité, ou reconnaîtrait le billet qu'il a souscrit à ce sujet, ce ne serait pas une raison pour qu'il dût être condamné au payement du prêt; car cela ne prouverait pas qu'il a réellement profité des deniers prêtés; or, c'est une condition nécessaire pour qu'il doive être condamné à rembourser la somme, et cette condition doit être prouvée par le créancier (art. 1312), ou avoué du moins par le défendeur; mais l'aveu de l'emprunt n'emporte point l'aveu du bon emploi des deniers : ce sont là deux choses très-distinctes.

560. Et l'aveu d'une dette de jeu défendu ne signifierait rien, puisque la loi ne donne pas d'action, du moins en principe, pour une dette de jeu. (Art. 1965.) En sorte que le juge ne doit même pas laisser appeler la cause.

561. L'aveu fait au bureau de conciliation est un aveu judiciaire, ainsi que l'a jugé la cour de Turin, le 6 décembre 1808. Cela ne peut faire de doute, puisque le juge de paix est compétent pour recevoir le serment déféré par l'une des parties à l'autre, ou pour constater le refus de celle-ci de le prêter (1). (Art. 55, Code de procéd.)

562. Mais un aveu fait devant le tribunal de commerce qui se déclarerait ensuite incompétent à raison de la matière, ainsi qu'il le doit en tout état de cause, s'il y a lieu, aux termes de l'art. 170 du Code de procéd., ne serait plus qu'un aveu extrajudiciaire.

C'est ce que décide Pérez, *ad Codicem*, tit. *de confessis*, n° 6, d'une manière générale, pour tous les cas où le juge devant lequel l'aveu a été fait était incompétent à raison de la matière; et c'est aussi l'avis de M. Merlin, *Répertoire*, v° *Confession*.

563. Il en serait autrement si le tribunal n'était incompétent que seulement *ratione personæ;* car le défendeur n'ayant pas proposé le déclinatoire quand il le devait, il ne le pourrait après son aveu; il aurait reconnu la compétence du juge. Et lors même que le renvoi étant ensuite proposé, le tribunal croirait devoir l'accorder, parce que l'autre partie ne s'y opposerait pas, l'aveu n'en serait pas moins censé fait en justice, attendu que le tribunal était alors compétent pour le recevoir, n'étant point encore décliné. Or, comme l'aveu fait devant un juge peut être invoqué devant un autre juge, ainsi que l'a décidé la cour de Turin par l'arrêt précité, et ainsi que le décide positivement la loi pénultième, au Code, *de liberali causâ*, il s'ensuit qu'il reste toujours aveu judiciaire, même après le renvoi. C'est aussi ce que dit Pérez, *loco citato*.

564. Suivant le droit romain, pour que l'aveu judiciaire ait toute sa force, il faut qu'il soit fait en présence de la partie adverse, ou de son fondé de pouvoir. (L. 6, § 3, ff. *de confess.*) Car, de même qu'une partie ne doit pas être condamnée si son adversaire fait défaut (L. 47, ff. *de re judicatâ*); de même, l'aveu qui est assimilé à la chose jugée, n'en peut produire l'effet lorsqu'il a eu lieu en l'absence de la partie adverse.

(1) * L'aveu judiciaire n'a de force que pour autant que la partie en faveur de qui il a été fait, en demande acte. (Brux., cass., 30 mai 1823; J. de B., 1823, 1, 16 ; Dalloz, 21, 256.)

L'aveu fait par le défendeur en bureau de conciliation et constaté sur le procès-verbal, n'est point obligatoire, si le demandeur n'en a pas demandé acte, et si le défendeur a refusé de signer le procès-verbal de non-conciliation. (Brux., cass., 11 février 1820; J. de B., 1820, 1, 10.)

Les consentements judiciaires donnés dans le cours d'une instance dont le juge de paix est saisi dans les formes ordinaires, sont valablement constatés par le juge, sans procès-verbal signé des parties. (Brux., cass., 27 mars 1832 ; J. de B., 1832, 2, 140.)

Le procès-verbal de non-conciliation, non revêtu de la signature des parties comparantes ou de la mention du refus de signer, ne fait point foi d'un aveu. — Un aveu ainsi consigné ne constitue point un commencement de preuve autorisant le juge à déférer le serment supplétoire. (Brux., cass., 14 août 1838 ; Bull., 1838, 539.)

Cependant Pérez dit, d'après plusieurs docteurs, que l'aveu, même dans ce cas, a toute sa force si le juge l'a fait constater par le greffier, et si, en outre, la partie absente l'a ensuite accepté. Il tire argument de la loi 1, § 15, ff. *de magist. conveniendis;* et telle serait assez notre opinion.

SECTION V.

DU SERMENT.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

565. *Transition au serment.*
566. *Suivant le Code, le serment est de deux sortes, selon la personne qui le défère.*
567. *Dans le droit romain, il y avait aussi le serment volontaire ou extrajudiciaire.*
568. *Il produirait également ses effets dans notre droit, comme convention ou transaction.*
569. *Il peut être déféré en conciliation.*
570. *Déféré extrajudiciairement, et non accepté par l'autre partie, il laisse la question entière.*

565. Après avoir parlé des preuves littérales, de celle résultant de la déposition des témoins, des présomptions et de l'aveu, il nous reste à traiter du serment judiciaire, que l'on peut définir un acte tout à la fois civil et religieux par lequel une partie, en justice, prend Dieu à témoin de la vérité de ce qu'elle affirme.

C'est une ressource qu'offre la loi à celui qui manque de preuves, ou qui n'en a que d'incomplètes.

566. Suivant le Code (art. 1357), le serment, considéré d'après la personne qui le défère, est de deux sortes, et les cas dans lesquels l'un ou l'autre peut être déféré, et les effets de l'un et de l'autre, ne sont pas toujours les mêmes, ainsi qu'on le verra bientôt :

1° Celui que l'une des parties défère à l'autre, pour en faire dépendre la décision de la cause, et que pour cette raison les jurisconsultes appellent serment *décisoire ;*

Et 2° celui qui est déféré par le magistrat à l'une des parties en vertu de son pouvoir, dans les cas prévus par la loi, soit pour compléter la preuve, soit simplement pour déterminer le montant de la condamnation.

567. Dans le droit romain, il y avait, en outre, le serment volontaire ou extrajudiciaire, *jusjurandum voluntarium*, ainsi nommé par opposition au serment judiciaire, *sive necessarium, sive judiciali* (1). Mais ni le Code civil ni le Code de procédure n'en font mention.

568. Il ne faut toutefois pas conclure de ce silence, ni de ce que cette espèce de serment n'est pas en usage dans notre droit, qu'il serait sans effet ; car la convention en vertu de laquelle il aurait été prêté aurait toute sa force, comme toute autre convention non contraire aux lois ou aux bonnes mœurs. Ce serait une transaction, comme c'en était une dans le droit romain; seulement il serait nécessaire que les parties eussent pu transiger sur l'objet à l'égard duquel il aurait été déféré et prêté, qu'il fût prouvé qu'il a été prêté d'après une convention, et qu'il l'a été de la manière prescrite par cette convention.

Ainsi, me prétendant votre créancier, à tel ou tel titre, n'importe, je conviens avec vous extrajudiciairement que si vous prêtez serment que vous ne me devez pas la chose, je renoncerai à toute prétention à cet égard; et vous prêtez le serment conformément à la convention : il n'est pas douteux que vous n'ayez acquis par là une exception ou fin de non-recevoir contre la demande que je formerais ensuite pour la même chose, et que je ne dusse être repoussé, quand bien même je la fonderais sur les preuves les plus positives. On ne pourrait s'empêcher de regarder la convention comme une transaction, un pacte de remise

(1) *V.* au Digeste le titre *de jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali*, lib. 12, tit. 2; et le titre du Code, *de rebus creditis et jurejurando.*

conditionnel, dont la condition serait accomplie, et qui devrait par conséquent produire son effet, comme il l'aurait produit dans le droit romain (1), puisque cette convention n'est pas plus contraire aux bonnes mœurs dans notre droit, qu'elle ne l'était dans cette législation.

Si nous n'étions pas d'accord sur le fait de la convention, ou bien sur celui de la prestation du serment dans les termes mêmes de cette convention, la preuve s'en ferait d'après les règles ordinaires, et le tribunal ne connaîtrait d'abord que de ce fait. (L. 9, § 1, ff. *de jurejur.*) Et s'il était reconnu que le serment a été prêté comme il devait l'être, le juge prononcerait en conséquence par jugement définitif.

La convention de prêter le serment ne pourrait même être résolue que d'un commun accord ; seulement celui qui en avait fait la condition pourrait en faire la remise ; et alors ce serait comme si le serment avait été prêté. (*Ibid.*)

559. Si le serment a été déféré par l'une des parties à l'autre, en conciliation, et qu'il ait été prêté, le tribunal prononce son jugement comme s'il avait été prêté devant lui ; et si la partie à laquelle il a été déféré, l'a refusé, et ne l'a point référé à son adversaire, ce refus, qui est constaté par le procès-verbal de l'audience du juge de paix (art. 55, Code de procédure), doit faire condamner cette partie au tribunal civil, sans qu'il y ait besoin d'autre preuve, ni de déférer de nouveau le serment, sans même que le tribunal puisse agir autrement. Car, d'après l'art. 1361, celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, *doit succomber dans sa demande ou dans son exception ;* or, le juge de paix avait qualité, d'après la loi, pour recevoir le serment, et pour constater le refus de le prêter. C'est véritablement là un serment déféré en justice (2).

570. Mais le serment extrajudiciaire n'étant que le résultat d'une convention, il est clair que le refus que ferait une partie de le prêter et en même temps de le référer, laisserait la question entière devant les tribunaux. C'est une différence notable d'avec le serment déféré en justice ; et ce serment déféré extrajudiciairement ne peut être référé. (L. 17, ff. *hoc tit.*) ; ce qui est une autre différence.

§ Ier.

Du serment décisoire.

SOMMAIRE.

571. *Quel est le serment décisoire, et quel est son effet.*
572. *Nous ne connaissons pas le serment* de calumniâ *des Romains.*
573. *Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.*
574. *Ce principe reçoit toutefois quelques limitations ; il en reçoit premièrement une en matière de séparation de corps.*
575. *Il en reçoit une autre dans le cas où la convention est nulle, pour n'avoir pas été faite par un acte assujetti par la loi à des formes solennelles.*
576. *Car on ne peut déférer le serment à celui qui invoque une exception péremptoire.*
577. *Telle que la prescription ordinaire de trente ans.*
578. *Véritable sens du principe.*
579. *Peut-on déférer le serment à celui qui a un acte authentique ? distinction à faire.*
580. *Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à celui à qui on le défère : comment cette règle doit être entendue.*
581. *Il faut que celui qui le défère, ou à qui on le défère, puisse disposer de l'objet de la contestation.*
582. *Cas où le procès est soutenu par un tuteur.*
583. *Suite.*
584. *Par un mineur émancipé.*
585. *Par une personne placée sous l'assistance d'un conseil judiciaire.*
586. *Par un mari, en cette qualité.*
587. *Par un mandataire.*

(1) L. 7, ff. *de jurejurando, sive voluntario,* etc.

(2) * *Contrà*, 17 juillet 1810. (Dalloz, 21, 268.)

588. *Le serment peut être déféré en tout état de cause, quoiqu'il n'y ait aucune preuve.*
589. *En appel comme en première instance.*
590. *Ce qu'on doit entendre par* en tout état de cause.
591. *Formalités relatives à la prestation du serment.*
592. *Comment il doit être prêté; d'après quels rits religieux.*
593. *Suite.*
594. *Celui à qui il est légitimement déféré et qui le refuse, ou ne consent pas à le référer à son adversaire doit succomber.*
595. *Celui qui a déclaré qu'il était prêt à le faire, ne peut plus le référer.*
596. *Le serment ne peut être référé quand le fait n'est point personnel à celui à qui on voudrait le référer; comment cela doit être entendu.*
597. *La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il était prêt à le faire.*
598. *Le serment remis est considéré comme prêté.*
599. *Lorsque le serment a été fait, l'autre partie n'est point recevable à en prouver la fausseté, et l'appel ne serait pas non plus recevable.*
600. *Le Code pénal contient toutefois des peines contre celui qui a fait un faux serment en matière civile; la partie lésée pourrait-elle se porter partie civile dans le procès criminel, pour obtenir des dommages-intérêts? Oui, selon l'auteur.*
601. *Et même faire rescinder le serment, ou faire rétracter le jugement par requête civile, dans le cas où il serait passé en force de chose jugée, si cette partie n'avait déféré le serment que parce que l'adversaire avait retenu des pièces décisives découvertes depuis.*
602. *Le serment prêté ou refusé n'a effet qu'entre les parties et leurs représentants.*
603. *Le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur, ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier.*
604. *Déféré au débiteur principal, sur le fait même de la dette, il libère les cautions.*
605. *Déféré à l'un des débiteurs solidaires, aussi sur le fait de la dette, il libère les codébiteurs; mais son refus de le prêter, ou celui qu'il a déféré au créancier ne leur nuit pas.*
606. *Effet du serment déféré par l'un des créanciers d'une obligation indivisible.*
607. *Le serment prêté par l'un des héritiers du débiteur même d'une dette indivisible, ne profite qu'à lui seul, et son refus de le prêter ne nuit pareillement qu'à lui.*
608. *Le serment ne fait preuve que de la chose ou du fait sur lequel il a été prêté, et nullement pour une autre chose, quoique semblable et dérivant de la même cause: conséquence.*

Art. Ier.

Quel est le serment décisoire, et sur quelles contestations il peut être déféré.

571. Le serment décisoire est celui que l'une des parties défère à l'autre, pour en faire dépendre la décision de la cause. (Art. 1357.) Il a l'effet d'une transaction, et l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. La partie qui le défère prend son adversaire pour juge de la contestation, et se soumet d'avance à ce qu'il déclarera sous la foi du serment (1).

572. Dans le droit romain, celui qui déférait le serment était tenu, si son adversaire l'exigeait, de prêter lui-même d'abord le serment *de calumniâ*, c'est-à-dire de juger qu'il ne déférait point le serment à sa partie adverse pour la vexer, mais bien parce qu'il croyait sa prétention fondée (2): et cela n'empêchait pas la partie de le référer, au lieu de le prêter elle-même.

(1) * Le serment décisoire doit être prêté en termes clairs et précis et conformes à la délation; ainsi n'est pas satisfactoire un serment déféré purement et simplement, mais prêté avec la restriction, *pour autant qu'il soit à la connaissance de l'affirmant*, alors qu'il s'agit de faits personnels à celui-ci.

Le serment d'expurgation, prêté sur une demande de communication de titres et papiers, est décisoire, et ainsi exclut toute preuve ultérieure. (Brux., 21 mars 1838; J. de B., 1838, 436.)

(2) *V.* au Code, le titre de *jurejurando propter calumniam dando*, lib. 2, tit. 59.

Godefroy, en ses notes sur la loi 34, § 4, ff. *de jurejur. sive volunt.*, etc., où il est parlé de l'obligation de prêter ce serment, dit qu'il était très-propre à prévenir les mauvaises contestations; mais il n'a point été admis dans notre droit. On a pensé, et avec assez de raison, que celui qui ne se ferait pas scrupule de demander une chose qu'il saurait ne lui être pas due, ne s'en ferait pas davantage de prêter le serment dont il s'agit.

573. D'après l'article 1358, le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. (1)

Ainsi, il peut l'être sur le possessoire comme sur le pétitoire; dans les actions réelles comme dans les actions personnelles; sur les exceptions comme sur les demandes (2).

574. Cependant, quelque général que soit le principe, il n'est pas tellement absolu qu'il ne reçoive quelques limitations.

Ainsi, en matière de séparation de corps, il n'y a pas lieu à déférer le serment sur les faits allégués. La raison en est simple : le serment est une sorte de transaction, et comme il n'y a pas matière à transaction dans ce cas, il est clair qu'il ne peut être déféré par l'une des parties à l'autre, ni même par le juge comme supplément de preuve (3).

On ne peut non plus déférer le serment sur la demande en payement de l'une de ces dettes du jeu pour laquelle la loi n'accorde point d'action; car la dette fût-elle avouée, le payement n'en serait pas pour cela exigible.

575. On ne pourrait non plus le déférer sur une convention qui, pour être obligatoire, devait être formée par un acte passé selon les formes solennelles (4). Ainsi l'on ne pourrait le déférer sur une promesse de donation, ou sur des conventions de mariage ou d'hypothèque verbales ou constatées par des actes sous signature privée; car il ne suffit pas que ces conventions soient prouvées; il faut qu'elles soient formées suivant les formalités voulues par la loi, ou, si l'on veut, la loi ne reconnaît d'autres moyens de preuve que la preuve de ces formalités.

576. On ne peut, en effet, déférer le serment à celui qui invoque une exception péremptoire, destructive de l'action elle-même. Ainsi l'on ne peut le déférer à celui qui a en sa faveur un jugement passé en force de chose jugée; car il n'y a plus de contestation : autrement ce serait sans fin. Si l'on pouvait le déférer après un premier jugement, on pourrait encore le déférer après le second, après le troisième et l'on pourrait ainsi vexer continuellement une personne.

On pourrait toutefois le déférer sur la question de savoir s'il y a eu ou non acquiescement au jugement rendu en premier ressort, pour savoir, en conséquence, si ce jugement a ou non acquis l'autorité de la chose jugée.

577. Ainsi encore, on ne peut déférer le serment à celui qui invoque la prescription ordinaire; car, dans ce cas, il ne s'agit plus de savoir si la dette a réellement existé ou non, si elle a été payée ou non, ou remise : elle est éteinte par le moyen de la prescription dûment invoquée; et alors s'applique l'adage de droit, *frustrà probatur quod probatum non relevat.* Or, le serment n'est employé que comme moyen de preuve.

Il en est autrement dans les cas prévus aux articles 2275 du Code civil, et 189 du Code de commerce : la loi a réservé expressément, dans ces cas, la faculté au demandeur de déférer le

(1) * Les tribunaux peuvent rejeter ou admettre le serment décisoire selon les circonstances, dont ils sont les seuls juges appréciateurs. (Req., 29 avril 1829; Bordeaux, 19 et 27 janvier 1830; Sirey, 29, 1, 366; 30, 2, 165. — *Contrà*, Boncenne, 1, 129, no 100.)

(2) * Il peut l'être sur tout incident qui s'élève entre parties et sur lequel il doit être préalablement statué. (Brux., 22 avril 1830; J. de B., 1830, 1, 341; J. du 19e s., 1832, 246; Sirey, 21, 272.)

(3) On trouve au Répertoire de M. Merlin, vo *Serment*, un arrêt du conseil d'État, faisant fonction de cour de cassation pour le ci-devant royaume de Westphalie, qui a jugé que le serment même *supplétoire* n'avait pu être déféré en matière de divorce, nonobstant la généralité des termes de l'art. 1358.

* Toullier, 10, no 378; Solon, no 164.

(4) * *V.* dans ce cens, Liége, 24 janv. 1826, et Brux., 18 mars 1833; J. de B., 1827, 2, 422; et 1833; 260.

serment au défendeur, parce que la prescription n'est fondée que sur la seule présomption du payement de la dette.

Et dans les cas ordinaires, il pourrait être déféré sur le point de savoir si la prescription n'a pas été interrompue, à telle ou telle époque, par une reconnaissance de la dette, ou si le débiteur n'a pas renoncé à la prescription acquise. Ce ne serait point, en effet, le déférer nonobstant la prescription, puisqu'au contraire on prétendrait que la prescription n'a point eu lieu, ou n'est plus opposable (1).

578. Le véritable sens de l'article 1358 n'est donc pas que le serment peut être déféré dans tous les cas quelconques, sans aucune exception, mais seulement qu'il peut l'être dans quelque espèce de contestation que ce soit quant à un fait qu'il s'agit d'établir, sur lequel les parties pourraient transiger, et duquel dépendrait la décision de la cause. Or, comme il importe peu que le fait soit constant, lorsqu'il demeure sans force par le moyen de la prescription ordinaire, ou d'une autre exception péremptoire, il s'ensuit que le serment, qui ne peut avoir d'autre objet que d'établir la vérité ou la fausseté de ce fait, devient alors inutile. Qu'importe aussi que ce fait fût avoué par la partie, s'il n'est pas constant aux yeux de la justice, et s'il faut cependant qu'il le soit, comme en matière de séparation de corps, laquelle, ne pouvant avoir lieu par consentement mutuel, ne doit pas par conséquent être fondée sur des faits non prouvés aux yeux des tribunaux, sur des faits qui pourraient être imaginés par les parties?

Il faut donc dire que le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de constestation que ce soit, en ce sens qu'il peut l'être dans les instances civiles ou commerciales, ou devant le juge de paix, soit juge, soit conciliateur; sur le possessoire comme sur le pétitoire, et dans les actions réelles comme dans les actions personnelles. *Jusjurandum et ad eas pecunias et ad omnes res locum habet.* Mais cela ne veut pas dire qu'il peut l'être dans tous les cas quelconques.

579. Et peut-on le déférer à celui qui a fait une preuve complète (2), et notamment à celui qui est porteur d'un acte authentique?

La raison de douter se tire de ce que l'acte authentique fait pleine foi, jusqu'à inscription de faux, de la convention qu'il renferme, entre les parties, leurs héritiers et ayants cause (Article 1319.) Or, peut-on dire, jusque-là il ne peut y avoir de *contestation* : le fait est prouvé : le serment n'a point d'objet, il ne pourrait être déféré que pour vexer le porteur de l'acte. On ne peut opposer d'exception contre un acte authentique qu'en s'inscrivant en faux : qu'alors on défère le serment dans une inscription de faux civil, soit; mais tant que l'acte n'est pas attaqué par cette voie, il a la même force qu'un jugement.

Nous croyons cela vrai à l'égard des faits certifiés par le notaire comme s'étant passés sous ses yeux, par exemple la numération de deniers prêtés par l'une des parties à l'autre, et attestée par le notaire qui a déclaré dans l'acte que les deniers ont été comptés en sa présence par le prêteur, et retirés par l'emprunteur. Encore, si le défendeur déférait le serment au demandeur sur le point de savoir s'il ne lui a pas remis les deniers aussitôt que l'acte a été signé, le demandeur devrait le prêter, ou bien succomber dans sa demande. A plus forte raison en est-il ainsi dans le cas où le notaire n'a fait qu'attester des aveux de faits qui se sont passés hors de sa présence, de simples déclarations, des reconnaissances de dettes. Par exemple, si l'acte porte que l'une des parties s'est reconnue débitrice envers l'autre d'une somme de tant, *qui lui a été précédemment comptée,* comme le

(1) * Il peut être déféré sur la réalité d'une obligation constatée par écrit. (Brux., 2 mai 1829; J. de B., 1829, 2, 74; Toullier, 10, n° 380; Dalloz, 21, 276.)

L'héritier à qui l'on demande, en vertu d'un acte de prêt souscrit par son auteur, le remboursement de la somme qui y est portée, peut déférer à celui qui l'actionne le serment décisoire, sur le point de savoir si la somme a réellement été remise à son auteur, comme le porte l'acte. (Brux., 28 janvier 1825; J. de B., 1826, 1, 159; J. du 19e s., 1826, 3, 160.)

(2) * Le serment décisoire peut être déféré contre le contenu en un acte authentique. (Brux., 20 avril 1826; J. de B., 1826, 2, 115.)

notaire n'atteste rien autre chose *propriis sensibus*, si ce n'est que les parties lui ont fait cette déclaration, et comme cette déclaration peut n'être pas conforme à la vérité, le serment peut être déféré sur cette contestation, si elle s'élève. L'acte fait sans doute foi, jusqu'à inscription de faux, de la déclaration qu'il renferme, parce qu'elle a eu lieu devant le notaire; mais cette déclaration a pu être le résultat d'une erreur, ou avoir été arrachée au débiteur dans des circonstances particulières, et par conséquent elle peut être le juste sujet d'*une contestation* entre les parties. Le notaire n'en peut point garantir la vérité, ainsi qu'il garantit la vérité de ce qui s'est passé sous ses yeux (1).

Art. II.

A qui le serment peut être déféré.

580. Le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. (Art. 1359.)

Cependant rien n'empêche de le déférer, non pas sur le fait en lui-même, mais sur le point de savoir si celui à qui on le défère n'en a pas connaissance; car cette connaissance est quelque chose qui lui est personnel. C'est ainsi que, d'après l'art. 2275, le serment peut être déféré aux veuves ou héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. Et suivant l'article 189 du Code de commerce, ceux à qui on oppose la prescription de cinq ans sur une action relative à une lettre de change ou à un billet à ordre, peuvent pareillement déférer le serment aux veuves, héritier ou ayants cause des prétendus débiteurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû.

Ainsi encore, l'héritier de Paul forme contre moi demande en payement d'une somme de 600 fr. due par billet; je prétends avoir fait un payement de 200 francs par à-compte au défunt, dans une occasion où il n'avait pas le billet sur lui pour en faire mention au dos, et où il n'a pas pu non plus me donner une quittance : je demande à l'héritier qu'il affirme qu'il n'a point personnellement connaissance de ce payement : je le puis; car le défunt peut lui en avoir parlé; il peut aussi exister une note dans les papiers de celui-ci qui en fasse mention : en déférant le serment dans ces termes, je le défère donc sur quelque chose de personnel à l'héritier; et s'il refuse de le prêter, il doit succomber.

S'il avait seulement des doutes à cet égard, si, par exemple, il avait trouvé dans les papiers de la succession un projet de quittance, comme ce projet serait loin d'attester que le payement a eu lieu, mais seulement que des propositions ont été faites à ce sujet, et sur la réalisation desquelles l'héritier pourrait être dans l'incertitude, celui-ci, en prêtant le serment selon ce qu'il saurait, ne fournirait pas une exception contre lui. Sa bonne foi ne devrait même pas être suspectée, puisqu'il ne tenait qu'à lui de déclarer qu'il n'avait aucune connaissance de ce qui pouvait être relatif à ce payement.

Art. III.

Par qui le serment peut être déféré.

581. Comme le serment emporte décision de la cause en faveur de celui qui l'a prêté, ou en faveur de celui qui l'a déféré, si l'adversaire l'a refusé et ne l'a point référé, il faut que celui qui le défère, ou à qui on le défère, ait la disposition de l'objet de la contestation (2).

C'est ce qui a fait dire à Pothier, se fondant sur le système du droit romain, qu'un mineur ne peut, sans l'autorité de son tuteur, déférer le serment à son adversaire (L. 17, § 1, ff. *de jurejur.*); et qu'on ne peut pas le lui déférer (L. 34, § 2 *hoc tit.*)

582. Mais comme chez nous c'est le tuteur qui plaide pour le mineur, que c'est lui qui soutient le procès, en sa qualité de tuteur, parce

(1) M. Delvincourt fait la même distinction.

(2) * Le syndic définitif d'une faillite ne peut, en termes de preuve, déférer le serment litisdécisoire sur le point de savoir si certaines sommes n'ont pas été remises par le failli. (Brux., 25 décembre 1837: J. de B., 1839, 221; *V*. Rolland de Villargues, *Dict. de droit civ.*, vº *Serment*, nº 13.)

que le tuteur, dans notre droit, représente le mineur dans tous les actes de la vie civile (article 450), nous n'avons pas à envisager la question sous ce rapport, quand il s'agit d'une cause qui intéresse un mineur en tutelle ou un interdit; c'est par rapport au tuteur.

Et les tuteurs des mineurs et des interdits peuvent déférer le serment sur des objets dont l'aliénation leur est permise, comme serait, par exemple, le cas d'une vente de denrées provenant de la récolte faite sur les biens du mineur : *nam et alienare res, et solvi potest, et agendo rem in judicium deducunt.* (L. 17, § 2, ff. *hoc tit.*) Toutefois le jurisconsulte Paul, dans la loi 35 au même titre, dit positivement que le tuteur ne doit jamais déférer le serment que lorsqu'il y a intérêt évident pour le pupille, parce que celui-ci n'a point de preuve en sa faveur : *Tutor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est, quandòque enim pupillo denegabitur actio.*

Aussi Pothier, *ad Pandectas*, sur cette loi, s'exprime-t-il ainsi : QUANDOQUE, *quia jusjurandum à tutore delatum non semper est efficax, sed demùm quùm prudenter et inopiâ aliarum probationum illud detulit.*

En effet, le mineur ou l'interdit aurait la requête civile, si le tuteur avait déféré le serment sans nécessité, encore que l'objet eût pu être aliéné par lui sans une délibération du conseil de famille; car il serait vrai de dire que le mineur ou l'interdit n'a pas été défendu, ou ne l'a pas été valablement. (Art. 481, Code de procéd.) Aussi l'adversaire peut-il, pour sa sûreté, demander que le tuteur soit autorisé à cet effet par le conseil de famille; et cela est surtout particulièrement vrai dans les actions immobilières, puisque le tuteur ne peut, sans autorisation, acquiescer à une action de cette nature (art. 464, Cod. civ.), et que la délation du serment est une sorte d'acquiescement, un acquiescement sous condition, il est vrai, mais qui peut tout aussi bien emporter aliénation du droit qu'un acquiescement pur et simple.

583. Lorsque le serment est déféré au tuteur, dans les cas prévus à l'art. 2275 du Code, le refus de celui-ci de le prêter, et par suite duquel le mineur ou l'interdit serait condamné, ne donnerait généralement pas lieu à la requête civile; mais on devrait décider le contraire si le mineur ou l'interdit produisait ensuite une quittance qui attesterait que la dette avait été acquittée. D'ailleurs, comme nous l'avons dit plus haut (n° 474), les jugements portant condamnation à payer une somme, sont censés porter qu'elle sera payée en deniers ou quittances.

En général, le serment ne peut être déféré aux tuteurs, en ce sens que leur refus de le prêter doive faire condamner le mineur ou l'interdit. Si néanmoins ceux-ci étaient condamnés par suite du refus du tuteur de prêter le serment, ils pourraient se pourvoir par requête civile, comme n'ayant pas été défendus ou comme ne l'ayant pas été valablement.

Au surplus, le serment peut toujours être déféré à un tuteur sur un fait qui lui est personnel : comme un payement fait à lui-même.

584. Les mineurs émancipés peuvent déférer le serment sur des objets qui rentrent dans l'administration de leurs biens, et on peut valablement le leur déférer. Les mineurs émancipés commerçants peuvent pareillement le déférer sur ce qui est relatif à leur commerce, comme on peut le leur déférer sur ces objets.

585. Quant aux personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité ou de faiblesse d'esprit, il n'est pas douteux qu'elles ne puissent déférer le serment sur des objets qui rentrent dans la simple administration de leurs biens, laquelle ne leur est point ôtée, comme elle l'est aux interdits proprement dits : tel serait le cas où il s'agirait d'un payement de loyers, d'arrérages ou intérêts, de ventes de denrées; et le serment pourrait leur être déféré à elles-mêmes. Mais comme elles ne peuvent plaider, ni en demandant ni en défendant, sur quelque espèce de contestation que ce soit, sans l'assistance du conseil qui leur a été donné (art. 499 et 513), elles auraient besoin d'être assistées dans le procès pour pouvoir déférer le serment, et pour que le refus de prêter celui qui leur serait déféré pût les faire condamner valablement : autrement

elles auraient la requête civile. Dans les actions relatives aux droits immobiliers et aux capitaux mobiliers, il y a plus de doute : cependant comme ces personnes peuvent les aliéner avec l'assistance de leur conseil, nous pensons qu'avec cette assistance elles peuvent valablement aussi déférer le serment, comme on peut le leur déférer, sans espoir de requête civile pour défaut de défense ou de défense valable. Mais le conseil ne devra donner son assentiment à la délation du serment par elles, qu'autant qu'elles n'auraient pas de preuves suffisantes pour espérer de triompher dans leur demande ou dans leur défense.

586. Les maris qui ont la jouissance et l'administration des biens de leur femme peuvent également déférer le serment sur ce qui rentre dans cette administration; et on peut aussi le leur déférer sur les mêmes objets.

On peut même dire, en général, que le mari qui a l'exercice des actions mobilières de sa femme, comme dans le cas de communauté, ou d'exclusion de communauté sans séparation de biens, ou sous le régime dotal pour le mobilier qui fait partie de la dot; on peut dire que dans ces cas le mari a qualité pour déférer le serment, et qu'on peut aussi le lui déférer; sauf à lui à le refuser si on le lui déférait sur un fait antérieur au mariage, ou qui pour autre cause ne lui serait pas personnel, à moins encore qu'on ne le lui déférât sur la connaissance qu'il aurait ou non de ce même fait.

587. Celui qui a un mandat général emportant pouvoir d'aliéner, d'après sa teneur, peut déférer le serment. (L. 17, § 3, ff. *hoc. tit.*) Mais un simple mandat conçu en termes généraux ne donnerait pas ce pouvoir au mandataire, parce qu'il n'embrasserait que les actes d'administration. (Art. 1988.) Et le mandataire pour le procès ne pourrait non plus déférer le serment qu'autant que le pouvoir serait exprès à cet effet (L. 18, ff. *hoc tit.*) (1); sauf le cas où la cause concernerait le mandataire lui-même, parce qu'il serait *procurator in rem suam*, à cause d'une subrogation ou cession quelconque (L. 17, § 3), précitée.

Toutefois si c'est l'avoué de la partie qui a déféré le serment, il sera besoin, pour repousser l'effet du jugement, d'un désaveu en forme, suivant les règles tracées au Code de procédure, sous le titre *du désaveu*. Mais si c'est un mandataire extrajudiciaire qui a déféré le serment, sans en avoir le pouvoir, la partie pourra attaquer le jugement par voie de la tierce opposition, attendu que le mandant n'est pas représenté dans ce que le mandataire fait au delà de ses pouvoirs. (Art. 1989 et 1998.)

Et la même chose peut se dire du cas où c'est l'administrateur d'un établissement public qui a déféré le serment sans en avoir reçu le pouvoir de ceux qui pouvaient le lui conférer. (L. 34, § 1, *hoc tit.*)

Art. IV.

Le serment peut être déféré en tout état de cause.

588. Le serment peut être déféré en tout état de cause, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. (Article 1360.)

589. Il peut être déféré en appel comme en première instance, puisque la prescription elle-même peut être opposée en appel pour la première fois, à moins que, des circonstances, il ne résulte que la partie y a renoncé (art. 2224); or, il y a plus de raison encore pour le serment, puisqu'il rend l'une des parties juge en sa propre cause.

590. Mais quoique l'article dise que le serment peut être déféré *en tout état de cause*, cela ne signifie néanmoins pas qu'il peut l'être, dans tous les cas, jusqu'à la prononciation du jugement. Ainsi, d'après l'art. 111 du Code de procédure, si l'affaire a été mise en délibéré, les défenseurs n'ont, *sous aucun prétexte, la parole après le rapport*; ils peuvent seulement remettre sur-le-champ au président de simples notes énonciatives des faits sur lesquels ils pré-

(1) *V.* aussi la loi 7 au Code, *de rebus creditis et jurejur.*

tendraient que le rapport a été inexact ou incomplet; d'où il suit évidemment qu'après le rapport, il n'y a plus lieu à déférer le serment, puisque ce serait *prendre la parole*, et faire usage d'un moyen nouveau, sur lequel il peut d'ailleurs s'élever plus d'une difficulté; sauf à la partie à appeler du jugement, s'il y a lieu, et à déférer le serment devant le juge d'appel.

Il en doit être de même dans les autres affaires, lorsque le ministère public a porté la parole : il n'y a plus lieu à nouveaux débats; or, le serment pourrait en amener.

Art. V.

Comment le serment doit être prêté.

591. Comme le serment doit être fait par la partie en personne, si celle-ci a donné pouvoir à quelqu'un pour la représenter dans le procès, ce ne sera point une raison de s'écarter de la disposition de la loi à cet égard.

Voici ce que porte le Code de procédure :

« Tout jugement qui ordonnera un serment, » énoncera les faits sur lesqnels il sera reçu. » (Art. 120.)

» Le serment sera fait par la partie en personne, et à l'audience. Dans le cas d'un empêchement légitime et dûment constaté, le » serment pourra être prêté devant le juge que » le tribunal aura commis, et qui se transportera chez la partie, assisté du greffier.

» Si la partie à laquelle le serment est déféré » est trop éloignée, le tribunal pourra ordonner » qu'elle prêtera le serment devant le tribunal » du lieu de sa résidence.

» Dans tous les cas, le serment sera fait en » présence de l'autre partie, ou elle dûment » appelée par acte d'avoué à avoué, et s'il n'y a » pas d'avoué constitué, par exploit contenant » l'indication du jour de la prestation. »

592. Les anabaptistes et les quakers de la Pensylvanie, et leurs frères habitants de l'Europe, craignent, disent-ils, de *prendre le nom de Dieu en vain*, et suivant Voet, on ne peut exiger d'eux qu'une *affirmation en âme et conscience, ex fide boni viri*, en présence du magistrat. La cour de Bordeaux, par arrêt du 22 mars 1809, confirmé ensuite en cassation, le 28 mars 1810 (1), a adopté cette doctrine, au sujet du serment déféré à un individu dont la religion était reconnue en fait être celle des quakers. La cour s'est fondée sur ce que la liberté de conscience ne permet pas d'exiger d'une personne un acte contraire à ses principes religieux. C'était aussi la décision des lois romaines : *Divus pius* (Antonin le pieux) *jurejurando quod propriâ superstitione* (2) *juratum est, standum rescripsit.* (L. 5, § 1, ff. *de jurejur.*)

593. Mais précisément, puisque le serment est un acte religieux, il doit être prêté, comme le dit la loi romaine, d'après le mode de la religion de celui qui le prête; autrement il ne serait plus un lien, et le but de la loi serait manqué. De là il suit qu'un israélite peut être tenu de le prêter *more judaico*. C'est ce qu'a jugé la cour de Colmar, par arrêt du 16 juin 1809, confirmé aussi par la cour de cassation, le 12 juillet 1810 (3) : « Attendu, a dit cette dernière cour, » que le serment étant un acte religieux, il doit » être prêté suivant le rite particulier au culte » de chaque témoin, etc. » Il s'agissait en effet, dans l'espèce, du serment à prêter par des témoins, qui étaient juifs. Mais à plus forte raison peut-on exiger d'une partie à laquelle il est déféré, qu'elle le prête suivant le mode et les rites de sa religion (4).

---

(1) Sirey, 1810, 1, 226; Dalloz, 18, 325.

(2) *Id est, religione.*

(3) Sirey, 1810, 1, 329; Dalloz, 25, 120.

(4) « Le serment, dit Boncenne, est une cérémonie destinée à porter la sanction religieuse au plus haut degré de force possible; or, ce sera la plus vaine des cérémonies et la plus faible des sanctions, si vous dispensez celui qui doit jurer, des formes et des invocations que sa croyance a consacrées (Boncenne, no 103.) Néanmoins la cour de cassation de Bruxelles a décidé, par arrêt du 29 juillet 1836, qu'un juré ne peut être contraint devant une cour d'assise de prêter le serment avec les formalités du rite de sa religion. (Bull., 1837, 21.)

Art. VI.

Effet du refus de prêter le serment déféré ou référé.

594. Celui auquel le serment est légitimement déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire auquel il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception. (Art. 1361.)

595. Lorsque la partie à laquelle le serment a été déféré a déclaré qu'elle était prête à le prêter, elle ne peut plus le référer; le pacte est formé, et elle doit l'exécuter (1).

596. Et le serment ne peut être référé quand le fait n'est point personnel à celui auquel on voudrait le référer. (Art. 1362.) On peut toutefois le lui référer pour qu'il ait simplement à déclarer s'il n'a pas connaissance de ce fait. Tout ce que nous avons dit à ce sujet sur le cas du serment déféré à une partie à laquelle le fait n'est pas personnel, s'applique à celui où cette partie ayant elle-même déféré le serment, ce serment lui est ensuite référé.

597. La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il était prêt à faire ce serment. (Art. 1364.) La convention est formée, et elle doit recevoir son exécution (2). Mais il suit de là que jusqu'à cette déclaration, celui qui a déféré le serment peut se rétracter, puisque ce n'est qu'*après* qu'il ne le peut plus. Il faut toutefois qu'il notifie sa rétractation avant la déclaration de l'adversaire, ou qu'il la fasse à l'audience; et d'après la loi 11, au Code, *de rebus creditis et de jurejur*, il ne peut plus déférer le serment.

Par la même raison, si c'est celui qui a référé le serment qui se rétracte avant que l'adversaire qui le lui avait déféré ait déclaré qu'il était prêt à le faire, il peut lui-même le prêter, en notifiant sa rétractation avant que l'adversaire ait déclaré son acceptation.

598. Si celui qui a déféré ou référé le serment fait à son adversaire remise de l'obligation de le prêter, le serment est censé fait. Voet et Perez le décident ainsi : ils se fondent sur la loi 37, ff. *hoc tit.* (3).

Art. VII.

On n'est pas reçu à prouver la fausseté du serment.

599. Lorsque, porte l'art. 1363, le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté (4).

Et comme il *décide* la contestation, il n'y a pas lieu à interjeter appel du jugement, quoique la valeur du procès s'élevât d'ailleurs à plus de 1,000 fr. Le serment a l'effet de la chose jugée en dernier ressort; car la partie qui l'a déféré ne peut dire que le tribunal, en jugeant suivant le serment, lui a fait GRIEF. *Jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet. Non immeritò, cùm ipse quis judicem adversarium suum de causâ suâ fecerit, deferendo ei jusjurandum.* (L. 1, ff. *quarum rerum actio non datur.*)

600. Mais, d'un autre côté, l'article 366 du Code pénal prononce la peine de la dégradation civique contre celui à qui le serment a été déféré ou référé en matière civile, et qui a fait un faux serment (5).

(1) Doneau, se fondant sur la loi 17, *princip.*, ff. *hoc tit.*, et sur la loi 5, au Code, *de obligat. et actionibus.*

(2) * Une partie qui a accepté purement et simplement un serment litis décisoire à elle déféré, et à qui il a été ordonné par jugement de le prêter, peut néanmoins demander à ne le faire qu'avec certaines modifications si elles n'en altèrent pas essentiellement la teneur et ne tendent qu'à le rendre plus conforme à la vérité des faits; le juge doit laisser toutefois à celui qui l'a déféré la faculté de le retirer. (Brux., 28 novembre 1838; J. de B., 1839, 300.)

(3) * Toullier, 10, n° 384.

(4) *Stari enim religioni debet.* (L. 21, ff. *de dolo malo.*)

(5) * La preuve par témoin sera même admissible, s'agît-il d'un objet supérieur à 150 francs. *V.* sur ce point une dissertation très-intéressante de M. Delebecque, premier avocat général à la cour de Bruxelles, *Revue des Revues*, édition de la Société Typog. Belge, 1, 166.

Or, comme d'après l'art. 1er du Code d'instruction criminelle, l'action civile, en réparation du dommage causé par un crime ou un délit appartient *à tous ceux* qui ont été lésés par ce crime ou ce délit, il s'ensuit que celui à qui le faux serment a fait un préjudice, peut se rendre partie civile dans le procès criminel, et obtenir, à titre de dommages-intérêts, la réparation de ce préjudice. Ce n'est pas là attaquer le jugement rendu sur le serment faussement prêté : ce jugement n'en recevra pas moins son exécution; c'est simplement réclamer une indemnité pour le préjudice souffert par suite d'un crime. Il est bien vrai que les lois romaines disaient, à l'égard du serment faussement prêté, *sufficit perjurii pœna* (L. 22, ff. *de dolo malo*); mais l'art 1er du Code d'instruction criminelle ne contient aucune limitation : *Tous ceux,* dit-il, qui sont lésés par un crime ou un délit, ont l'action civile pour en demander la réparation; or, ici, il y a crime.

Nous disons que le jugement recevra son exécution; et, en effet, s'il prononce que la propriété de telle chose appartient à la partie qui a prêté le faux serment, cette partie demeurera réellement propriétaire de l'objet; et s'il condamne l'autre partie à payer une somme, il y aura compensation des dommages-intérêts avec la somme, si elle n'a pas encore été payée. Ainsi, l'art. 1363 du Code civil ne recevra pas moins son application. Ce n'est qu'au *civil* qu'il est interdit de prouver que le serment a été faussement prêté, et par respect pour la chose jugée; mais les dommages-intérêts sont demandés par une action accessoire à l'action criminelle, et la chose jugée n'en conserve pas moins son effet, puisqu'on ne demande point la réformation du jugement. Enfin, il n'est pas impossible que le serment contraire à la vérité ait été prêté de bonne foi, par erreur, ainsi que Voet suppose que cela peut avoir lieu; et dans ce cas, comme il n'y a point de crime, point d'action criminelle ni civile, l'article 1363 recevra son entier effet, même dans le sens de l'objection. Mais lorsqu'il y a faux serment prêté sciemment, il y aurait quelque chose de révoltant, que celui qui serait condamné à une peine infamante pour avoir prêté ce faux serment, pût s'enrichir par son crime. Le serment est sans doute une transaction, mais la fraude n'est point autorisée dans les transactions.

A plus forte raison en devrait-il être ainsi, s'il s'agissait d'un cas où le serment aurait été déféré par le juge *inopiâ probationum,* serment dont nous parlerons bientôt; car on ne peut pas même dire, dans ce cas, qu'il renferme transaction.

601. Bien mieux, si le serment n'a été déféré par l'une des parties à l'autre, que parce que celle-ci avait retenu des pièces décisives appartenant à son adversaire, c'est là un cas de requête civile (art. 480, Code de procéd.), sur laquelle le jugement lui-même devra être rétracté. C'est l'opinion commune des auteurs, et notamment celle de Pothier, qui se fonde sur ce que la convention du serment peut, comme toute autre convention, être rescindée lorsqu'elle est la suite de la fraude de l'une des parties envers l'autre. Mais nous dirons plus simplement que la loi fait de la découverte de pièces décisives une ouverture à requête civile, lorsque ces pièces ont été retenues par la partie adverse, et elle ne distingue point d'après quelle cause le jugement a été rendu : sa décision est générale. Ainsi ce n'est pas le serment qu'on attaque, c'est le jugement : et si ce jugement n'était pas encore rendu lorsque les pièces viendraient à être découvertes, le juge pourrait rescinder le serment, sur le fondement du dol commis par la retenue des pièces; et s'il l'était, et qu'on fût encore dans les délais de l'appel, la partie lésée pourrait appeler et faire réformer le jugement. Ce qu'elle pourrait faire par la voie de la requête civile, *à fortiori* peut-elle le faire par voie d'appel.

Voet va bien plus loin encore : tout en convenant, d'après les lois romaines, que le serment est inattaquable *sub pretextu perjurii*, il décide néanmoins, d'une manière générale, que si le dol est évident, si le serment a été prêté faussement avec connaissance de cause, il y a lieu à le rescinder, comme on rescinderait une transaction pour cause de dol ou de fraude; attendu, dit-il, que le serment lui-même est une transaction, et que c'est par cette raison qu'Ulpien, dans la loi 21, ff. *de dolo malo,* dit qu'on ne peut attaquer le serment, *quia per*

jusjurandum TRANSACTUM *videtur*. Or, continue Voet, on peut attaquer les transactions pour cause de dol : donc on doit pouvoir attaquer un faux serment prêté sciemment. En sorte qu'il admettait la rescision du serment, si la découverte des pièces démontrait qu'il a été faussement prêté ; et il n'exigeait pas pour cela que les pièces eussent été retenues par le fait de celui qui l'avait prêté. Et quant à la décision d'Ulpien, qu'on ne peut attaquer le serment *sub pretextu perjurii*, Voet dit qu'il faut entendre cette décision du cas où la partie a prêté le serment de bonne foi, mais qu'ayant depuis reconnu la vérité du fait, elle veut néanmoins que ce serment produise son effet.

Toutefois Voet donne de ce texte une interprétation arbitraire, qui est même détruite complétement par la loi suivante, où le jurisconsulte Paul, en disant : *nam sufficit perjurii pœna*, suppose bien évidemment que le serment faussement prêté l'a été sciemment ; autrement il n'y aurait pas lieu de dire qu'il y a eu *parjure*. Les lois 15, ff. *de except, et præscript.*, et 1, Cod. *de rebus credit. et jurejur.*, détruisent aussi cette interprétation.

Et quant à la découverte de pièces nouvelles qui démontreraient que le serment a été faussement prêté, la loi 31, ff. *de jurejur.*, en fait bien un cas de rescision du serment déféré par le juge, mais non de celui qui a été déféré par l'une des parties à l'autre. Nous reviendrons bientôt sur cette loi.

Il faut tenir en effet que le serment décisoire ne peut être attaqué sur le motif du dol ou de la fraude, sans préjudice de ce que nous avons dit sur le cas où il y a poursuite criminelle, et sur le cas aussi où celui qui l'a prêté a retenu les pièces de son adversaire, cas dans lequel il y a ouverture à requête civile contre le jugement, ce qui fera tomber indirectement le serment.

Le dol personnel, il est vrai, est aussi un cas de requête civile (art. 480-1°, Code de procéd.), et celui qui prête sciemment un faux serment commet si bien un dol que cette action est un crime d'après le Code pénal ; mais la loi rend non recevable à en faire la preuve au civil ; au lieu que lorsque le jugement a été rendu faute par la partie condamnée de produire des pièces décisives qui ont été retenues par son adversaire, la loi permet la preuve de ce fait, puisqu'elle en fait un cas de requête civile, sans qu'elle distingue à cet égard entre les jugements rendus sur serment décisoire et les autres.

ART. VIII.

Entre quelles personnes et sur quelle chose le serment prêté ou refusé produit son effet.

602. De même que l'autorité de la chose jugée et les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, leurs héritiers et ayants cause ; pareillement le serment prêté ou remis ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a prêté ou auquel il a été remis, et de ses héritiers et ayants causes (Art. 1365.)

Et le refus de prêter le serment légalement déféré ou référé, et qui n'a point été remis, ne fait preuve aussi que contre celui qui a fait refus, ses héritiers et ayants cause. (*Ibid.*)

603. Par une dérogation aux principes du droit romain, et dont nous avons parlé précédemment, tome XI, n° 174, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. (*Ibid.*).

Mais le serment déféré par le débiteur à l'un des créanciers profiterait aux autres, puisque la prescription interrompue par l'un d'eux est censée interrompue au profit de tous. (Article 1199.) Or, le serment est essentiellement un acte conservatoire : c'est une reconnaissance de la dette de la part du débiteur.

604. Le serment déféré au débiteur principal libère aussi les cautions (1365) ; à moins toutefois qu'il ne l'ait été seulement sur une exception purement personnelle au débiteur, comme, dans le cas de minorité, sur la question de savoir s'il a fait ou non un bon emploi des deniers qui lui ont été prêtés ; auquel cas le serment ne profiterait point aux cautions (art. 2012 et 2036).

Mais, en sens inverse, le serment déféré au débiteur principal, ou le refus de celui-ci de le

prêter, ne serait point obligatoire pour la caution.

Celui qui a été déféré à la caution, sur le fait même de la dette, profite au débiteur principal; mais s'il ne l'a été que sur le fait du cautionnement, ou sur quelque exception personnelle à la caution, il ne profite point au débiteur. (Même art. 1365.)

Il faut dire la même chose, et avec la même distinction, du serment prêté par l'un des cofidéjusseurs, par rapport au débiteur principal et par rapport aux autres cofidéjusseurs.

Et l'on sent que le serment déféré par la caution ou par l'un des cofidéjusseurs au créancier, ou le refus par cette caution ou ce cofidéjusseur de prêter celui qui lui a été déféré, ne peut nuire soit au débiteur principal, soit aux cofidéjusseurs, s'ils n'ont point donné de pouvoir spécial à cet effet.

605. Le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aussi aux codébiteurs, s'il a été déféré sur la dette; mais s'il ne l'a été que sur le fait de la solidarité, ou sur une exception personnelle à ce débiteur, il ne leur profite point. (*Ibid.*)

Mais, en sens inverse, le serment déféré par l'un des débiteurs solidaires au créancier, ou le refus de prêter celui qui lui a été déféré par ce dernier, ne peut préjudicier aux codébiteurs (1).

606. Et comme l'un d'entre plusieurs créanciers d'une obligation indivisible ne peut seul faire remise que pour sa part; que s'il a remis seul toute la dette, les autres peuvent encore demander la chose indivisible, à la charge toutefois de tenir compte de la portion de celui qui a fait la remise (art. 1224); de même l'on doit dire que le serment déféré par l'un d'eux ne nuit pas aux autres, et en conséquence qu'ils peuvent encore demander l'exécution de l'obligation indivisible : toutefois en tenant compte au débiteur de la portion de celui qui a déféré le serment ou refusé de le prêter, comme dans le cas d'une créance solidaire au profit de plusieurs; car il doit être considéré comme ayant fait remise de la sienne. Mais si c'est lui qui a prêté le serment, il a conservé le droit de tous, comme l'aurait fait un créancier solidaire en interrompant la prescription.

607. Le serment déféré à l'un des héritiers du débiteur même d'une chose indivisible, ou son refus de le prêter, ne nuit point à ses cohéritiers; et il en est de même si la dette a été contractée par plusieurs, puisque, ainsi que nous venons de le dire, il ne leur nuit pas dans le cas même de solidarité.

Et par l'effet des mêmes principes, celui qui est prêté par l'un des héritiers du débiteur ne profite point à ses cohéritiers.

On doit même le décider ainsi quoique la dette fût indivisible. S'il en est autrement dans le cas du serment prêté par l'un des codébiteurs solidaires, lorsqu'il n'a pas été déféré sur le fait de la solidarité ou d'une exception purement personnelle, mais bien sur le fait de la dette elle-même, c'est parce que dans les obligations solidaires, chacun des débiteurs doit toute la dette par la nature même de l'engagement, de manière toutefois que le payement fait par l'un d'eux libère les autres; mais dans l'obligation simplement indivisible, chacun des débiteurs ne doit au fond que sa part, et il n'aurait à payer que cela si la chose était susceptible de parties : aussi, quand l'obligation se convertit en dommages-intérêts, n'en doit-il que sa portion. Or, le serment l'affranchit bien de ce qu'il doit, mais il n'affranchit pas les autres. Toutefois le créancier devra tenir compte à ces derniers de la portion de celui auquel il a déféré le serment dans la valeur du droit, selon ce qu'elle sera estimée, par argument de l'art. 1224, qui suppose cette estimation dans un cas aussi d'obligation indivisible.

608. Le serment, comme l'autorité de la chose jugée, comme la transaction, à laquelle on l'assimile si souvent, ne fait preuve que de la chose ou du fait sur lesquels il a été déféré, et nullement par rapport à une autre chose, quoique semblable et dérivant de la même cause.

(1) Voet, *ad Pandectas*, tit. *de jurejur.*, n° 22. *V.* au surplus, sur tous ces points, ce que nous avons dit plus haut sur l'effet des jugements, n°s 517 et suivants.

Ainsi, celui qui a formé une demande contre un héritier pour la part de ce dernier, et qui a succombé pour n'avoir pas voulu prêter le serment qui lui a été déféré ou référé par cet héritier, peut encore former une semblable demande contre le cohéritier et pour la même cause ; car, indépendamment de ce que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les parties, il est vrai de dire que ce qui est demandé actuellement au cohéritier n'est pas la même chose que ce qui a été demandé au premier et sur quoi le serment a été référé et refusé; c'est seulement une chose semblable, *et mutatio personarum, aliam atque aliam rem facit.*

Et celui qui possède une chose, et auquel le serment a été déféré pour qu'il eût à jurer qu'elle n'appartenait pas au demandeur, n'a pas par cela seul juré qu'elle lui appartenait à lui-même : en conséquence, tant qu'il la possédera, il pourra bien se défendre contre celui qui lui a déféré le serment, et qui voudrait la revendiquer de nouveau; mais s'il vient à perdre la possession, et que la chose parvienne dans les mains de celui qui lui a déféré précédemment le serment, il ne pourra pas argumenter de ce serment pour se la faire restituer. Car, de ce qu'elle n'appartenait pas à son adversaire lorsque celui-ci lui a déféré le serment, il ne s'ensuit pas qu'elle lui appartînt à lui-même; or, il faudrait cependant qu'elle fût à lui actuellement pour qu'il pût la revendiquer, la revendication n'étant donnée qu'au propriétaire. Il en serait autrement si le serment lui avait été déféré sur le point de savoir si la chose était à lui, et qu'il l'eût prêté dans ces termes. (L. 11, *princip*, ff. *hoc tit.*)

A plus forte raison le serment prêté ou refusé au possessoire n'a-t-il aucun effet sur le pétitoire, puisque la possession et le droit de propriété, ou de servitude, sont des choses tout à fait distinctes.

§ II.

Du serment déféré d'office.

SOMMAIRE.

609. *Quel est le serment déféré d'office par le juge, communément appelé* supplétoire.
610. *Lois romaines d'où a été tiré l'usage de ce serment.*
611. *Conditions générales exigées par ces lois pour que le juge doive le déférer.*
612. *Confirmées par l'art.* 612; *texte de cet article.*
613. *Ce serment diffère beaucoup, dans son principe et dans ses effets, de celui que l'une des parties peut déférer à l'autre pour en faire dépendre la décision de la cause.*
614. *Suite.*
615. *Le serment déféré d'office ne peut être référé à l'autre partie, mais celle-ci peut encore déférer le serment décisoire, et l'effet ne serait pas le même.*
616. *A laquelle des deux parties le juge doit-il déférer le serment?*
617. *Suite et distinction.*
618. *Suite.*
619. *Suite, quant aux registres des marchands entre ceux-ci.*
620. *Les registres des marchands, bien tenus, peuvent autoriser le juge à déférer au marchand qui jouit d'une bonne réputation, le serment sur les fournitures faites aux personnes non marchandes.*
621. *Les registres des personnes non marchandes n'ont pas cet effet contre les tiers.*
622. *Et les lettres de change et billets à ordre, prescrits par cinq ans, n'autorisent pas non plus le juge à déférer le serment, même aux signataires; il n'y a lieu qu'au serment décisoire.*
623. *Opinion de Pothier au sujet du serment déféré d'office, qui ne serait point admissible aujourd'hui.*
624. *Du serment sur la valeur de la chose demandée; il vient aussi du droit romain : dans quels cas seulement il doit être déféré.*
625. *C'est au demandeur qu'il doit l'être.*
626. *Le juge doit préalablement déterminer une somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.*
627. *Nous ne connaissons pas dans notre droit le* juramentum affectionis.
628. *Mais le juge, en déterminant la somme,*

doit prendre en considération le tort réel éprouvé par le demandeur.

609. Le serment déféré d'office est celui que le juge peut lui-même déférer à l'une des parties, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation. (Art. 1366.)

Nous traiterons séparément de chaque espèce.

Art. Ier.

Du serment déféré d'office pour en faire dépendre la décision de la cause.

610. Le principe ou l'origine de ce serment se trouve dans la loi 31, ff. *de jurejurando*, où il est dit : *Solent judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundùm eum judicare qui juraverit;* et sur la loi 3, au Code, *de rebus credit. et de jurej.*, qui porte aussi : *In bonæ fidei contractibus, nec non in cæteris causis, inopiâ probationum, per judicem jurejurando, causâ cognitâ, rem decidi oportet.*

611. Il résulte de ces textes que, pour que le juge puisse régulièrement déférer le serment à l'une des parties pour en faire dépendre la décision de la cause, il faut le concours des trois circonstances suivantes (1); sinon il doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande (2) :

1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; c'est ce que veulent dire ces termes *inopiâ probationum*, qui ne signifient pas manque absolu de preuves à l'appui de la demande ou de l'exception, mais preuves incomplètes : ce qui rend la cause douteuse, *in dubiis causis;*

2° Que la demande ou l'exception ne soit pas totalement dénuée de preuves; c'est le sens de ces mots *in dubiis causis,* c'est-à-dire dans les causes douteuses, *in quibus causis judex est dubius et anceps, ob minùs plenas probationes allatas;*

3° Enfin que le juge ne défère pas le serment au commencement de l'affaire, mais après un examen préalable des preuves faites de part et d'autre, *causâ cognitâ,* afin d'estimer s'il est convenable de le déférer, et à laquelle des deux parties il convient de le déférer.

612. Cette doctrine est généralement consacrée par le Code, dans l'art. 1357, ainsi conçu :

« Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes; il faut :

» 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ;

» 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

» Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

613. Ce serment, comme on le voit, diffère beaucoup dans son principe de celui que l'une des parties peut déférer à l'autre, puisque celui-ci peut être déféré quoiqu'il n'y ait aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1360); et il en diffère aussi beaucoup dans les effets.

Ainsi, dans le cas du serment décisoire, la découverte de pièces, même décisives, n'empêcherait pas qu'il n'eût tout son effet, sans qu'on pût même appeler du jugement rendu en conséquence ; sauf le cas où les pièces auraient été retenues par l'adversaire, cas dans lequel, comme nous l'avons dit, il y aurait lieu à la requête civile, si le jugement avait été rendu en dernier ressort, ou se trouvait passé en force de chose jugée au moment de la découverte des pièces, et à l'appel, si l'on était encore dans les délais; enfin, à la rescision du serment lui-même, si le jugement n'était pas encore rendu.

(1) *V.* Vinnius, *Selectæ quæst., lib.* 1, *quæst.* 44 ; et Dumoulin, sur la loi 3, au Code, *de rebus credit. et de jurejur.*

(2) * La sainteté du serment ne permet pas au juge de le déférer sans une nécessité absolue, et surtout lorsque tous les moyens de justifier pleinement et autrement la demande n'ont pas été épuisés. (C. civ. ; Brux., 26 janvier 1826; J. du 19e s., 1826, 64.)

Au lieu que dans le cas du serment déféré d'office, si la partie, à l'adversaire de laquelle il a été déféré, vient à découvrir des pièces propres à éclairer la religion du magistrat, quoique non retenues d'abord par l'autre partie, et que le jugement n'ait pas encore été rendu, le juge peut n'avoir aucun égard à ce serment. Si les pièces n'ont été découvertes qu'après un jugement rendu en premier ressort, et qu'on soit encore dans le délai de l'appel, la partie condamnée peut en appeler et le faire réformer. Le juge d'appel peut même déférer le serment à l'appelant, ainsi que le dit fort bien Pothier d'une manière générale; car ce serment n'est point *décisoire;* ce n'est qu'un simple moyen d'instruction, auquel le juge supérieur n'est pas obligé de se tenir, si le jugement rendu d'après ce serment lui paraît porter les caractères d'un *mal jugé*. Il n'y aurait pas lieu sans doute au recours en cassation, puisque aucune loi n'aurait été violée; mais il y aurait lieu à l'appel comme d'un jugement rendu sur une preuve par témoins, ou sur de simples présomptions du nombre de celles qui sont abandonnées à la prudence et aux lumières du magistrat.

614. Mais, dans cette hypothèse de pièces nouvelles qui n'ont point été retenues par le fait de l'adversaire, si le jugement avait été rendu en dernier ressort, ou si les délais de l'appel se trouvaient expirés au moment de la découverte des pièces, il n'y aurait aucune voie pour le faire réformer, pas même la requête civile. On ne pourrait dire, pour prétendre qu'elle existe, que le dol personnel est aussi un cas d'ouverture, d'après l'art. 480-1° du Code de procédure, et qu'il y a dol personnel dans celui qui a prêté un faux serment. D'abord, il ne serait pas impossible que le serment eût été prêté de bonne foi. En second lieu, en supposant qu'il l'eût été de mauvaise foi, la preuve n'en est pas recevable au civil. Il est vrai que l'art. 1363, qui le décide ainsi, est placé sous le paragraphe qui traite du serment déféré par l'une des parties à l'autre, tandis que nous raisonnons sur le cas où il a été déféré par le juge; mais cette circonstance doit être indifférente quant à la question qui nous occupe. Car si l'allégation du serment faussement prêté était l'allégation du dol personnel dans le sens de la loi sur la requête civile, la requête civile devrait avoir lieu aussi dans le cas du serment décisoire, quoique les pièces découvertes depuis le jugement n'eussent pas été retenues par celui qui l'a prêté, puisqu'elles n'en démontreraient pas moins la fausseté : or, une telle prétention ne pourrait se soutenir devant l'art. 1363. Et si nous décidons le contraire dans le cas où les pièces ont été retenues par celui qui a prêté le serment, c'est parce que la retenue de ces pièces est un cas spécial de requête civile. Nous n'attaquons point du tout le jugement à raison du serment, nous l'attaquons à raison du fait de la retenue des pièces par la partie, peu importe qu'elle ait ou non prêté serment : nous n'avons pas *transigé*, par le serment, sur ce même fait, qui était alors inconnu à l'une des parties.

Toutefois, le droit romain, qui n'admettait pas non plus que la découverte des pièces, même décisives, fût une cause de rescision du serment déféré par l'une des parties à l'autre, décidait le contraire à l'égard du serment déféré par le juge. La loi 31, ff. *de jurejurando*, etc., fait formellement cette distinction. Mais il est évident que le motif légal de la rescision du serment déféré par le juge n'est pas la seule considération du dol, puisque le dol existe dans un cas comme dans l'autre, et puisque, si dans le serment décisoire il y a transaction (*per jusjurandum transactum videtur*), les transactions peuvent être rescindées pour cause de dol. Cette loi le décide ainsi parce que le juge n'a déféré le serment que *inopiâ probationum,* comme forcé en quelque sorte par les circonstances de la cause. Mais dans notre droit, une fois le jugement rendu, n'importe la cause qui l'a fait rendre, il n'appartient point aux tribunaux d'en empêcher l'effet tant qu'il subsiste. Il peut, selon nous, être rétracté sur requête civile; mais il faut pour cela que l'on soit dans un des cas prévus par la loi; or, en disant que la découverte de pièces décisives retenues par l'adversaire est une ouverture à requête civile, la loi fait clairement entendre qu'il n'en est pas ainsi du cas où ces pièces n'ont point été retenues par lui. Et si l'on devait comprendre dans l'ouverture pour cause de dol personnel, l'allégation du

serment faussement prêté, cela aurait dû être, ainsi que le pensait Voet, aussi bien dans le cas du serment décisoire que dans le cas du serment déféré par le juge, soit que les pièces nouvellement découvertes n'eussent pas été retenues par celui qui a prêté le serment, soit que ce fût lui qui les eût retenues; et cependant il est bien certain que si la requête civile est admise dans le cas du serment décisoire, ce ne peut être qu'autant que celui qui l'a faussement prêté retenait alors des pièces décisives appartenant à son adversaire.

615. Une autre différence entre le serment déféré par l'une des parties à son adversaire, et celui qui est déféré par le juge, c'est que dans ce dernier celui auquel il a été déféré ne peut le référer à l'autre partie. (Art. 1368.) La raison qu'en donnait Pothier, c'est que, pour qu'on puisse *référer* le serment à quelqu'un, il faut que ce soit lui qui l'ait *déféré*, le mot *référer* étant corrélatif de celui *déférer*.

Mais il ne s'agit là que du serment supplétoire : la partie à laquelle il a été déféré pourrait, suivant nous, *déférer* le serment décisoire à son adversaire, puisque ce serment peut être déféré en tout état de cause; et ce ne serait point là *référer* le serment déféré par le juge. Les différences dans les effets de l'un et de l'autre serment sont d'ailleurs assez importantes pour qu'on ne dût point voir dans ce parti un moyen d'éluder l'art. 1358, car dans un cas la cause est *décidée*, et dans l'autre elle ne l'est point définitivement (1).

616. Les auteurs établissent comme règle générale que le juge doit déférer le serment à celle des parties en la bonne foi de laquelle il a le plus de confiance, et c'est aussi une raison que donnent quelques-uns d'entre eux pour justifier cette règle, que le serment déféré d'office ne peut être référé; mais, selon nous, elle n'est pas très-bonne.

Quoi qu'il en soit, l'art. 1367 disant que ce serment peut être déféré soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, on peut établir aussi comme règle générale qu'il doit être déféré de préférence au demandeur, si c'est sur la demande qu'il est déféré; et au défendeur, si c'est sur l'exception.

617. Toutefois, comme il n'est déféré que lorsque la demande ou l'exception n'est ni pleinement justifiée ni totalement dénuée de preuve, et qu'ainsi, en se combattant elles se réduisent ou peuvent se réduire à une force égale, et, de la sorte, se neutraliser l'une par l'autre, de même qu'en physique des forces égales se tiennent en équilibre, et s'annulent ainsi réciproquement; si cela a lieu, ce n'est pas, selon nous, le cas de déférer le serment d'office, mais bien de rejeter purement et simplement la demande.

Ainsi, Paul forme contre moi demande en payement d'une somme de 150 fr., qu'il dit m'avoir prêtée tel jour, dans telle circonstance; je nie le prêt : il demande à le prouver par témoins, et, admis à la preuve testimoniale, il fait entendre deux personnes qui déposent en effet avoir vu Paul, ce même jour, me prêter les 150 fr. Mais, de mon côté, je fais entendre deux témoins qui déposent que quelques jours après celui où aurait eu lieu le prétendu prêt, Paul m'a dit, en leur présence, dans une conversation où je lui demandais pourquoi il n'avait pas voulu me prêter 150 fr. tel jour, que s'il ne me les avait pas prêtés, c'est parce qu'il ne les avait pas; et mes témoins sont des gens tout aussi dignes de foi que ceux qui ont déposé en sa faveur, et en pareil nombre, et leurs dépositions se rapportent parfaitement au prétendu prêt en question. Ces divers témoignages étant d'égale force, ils nous paraissent se neutraliser entièrement, et d'après cela, la demande nous semble tout à fait dénuée de preuve, comme s'il n'y en avait ni de part ni d'autre. Suivant nous, en pareil cas, le juge n'a point à déférer le serment, même au défendeur; il doit purement et simplement le renvoyer de la demande, sauf au demandeur à déférer lui-même le serment décisoire, ainsi qu'il en a le droit en tout état de cause, quoique sa demande ne repose sur aucune preuve qui ne soit neutralisée par une preuve contraire d'une égale force. Si le juge agissait autrement, sa décision devrait être réformée en appel; mais il serait bien di-

(1) *V. infrà*, n° 623.

ficile qu'elle le fût en cassation, attendu qu'il a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la valeur respective des preuves.

Aussi a-t-il été jugé, par arrêt de rejet, cité dans le Répertoire de M. Merlin, v° *Serment*, que le tribunal avait pu, sans contrevenir aux art. 1341, 1353, 1367 et 1368, avoir égard aux déclarations faites par les parties elles-mêmes à l'audience, et déférer le serment au demandeur, pour assurer davantage la sincérité des siennes. Dans l'espèce, il s'agissait de la demande du prix d'un cheval, que le demandeur prétendait avoir vendu 300 fr., et que le défendeur soutenait lui avoir été simplement prêté. Il n'y avait de part et d'autre que de simples allégations; le jugement ne constatait aucun aveu duquel on eût pu faire résulter un commencement de preuve. Et par cette raison, le défendeur disait dans son pourvoi que c'était mal à propos que le tribunal avait fondé la faculté de déférer le serment au demandeur, sur de simples présomptions qui étaient inadmissibles, attendu que la preuve testimoniale, dans l'espèce, ne l'était pas. Selon notre opinion, le jugement était mal rendu; mais comme le tribunal avait déclaré *en fait* que la demande n'était pas absolument dénuée de preuve, le pourvoi a dû être rejeté, sans qu'on doive toutefois en rien conclure quant à la question qui nous occupe.

Au surplus, notre décision cesse d'être applicable lorsque les preuves, sans être complètes de part et d'autre, ne sont cependant pas égales, soit à raison de la différence dans le nombre des témoins, soit à cause de la gravité du témoignage de ceux-ci; et dans ce cas, le juge devrait généralement déférer le serment à celle des deux parties qui aurait les preuves les plus fortes, puisque c'est un serment *supplétoire*. Il ne devrait agir différemment qu'autant que des raisons particulières le porteraient à avoir plus de confiance en l'autre partie.

618. Si la preuve n'est faite que par un seul témoin, on est assez d'accord, même aujourd'hui (1), que ce témoignage unique ne suffit généralement pas pour déterminer le juge à y voir une preuve complète, mais qu'il n'est pas non plus sans quelque force; qu'il y a lieu au serment d'office, si le juge croit devoir le déférer. Dans ce cas, ce doit être, en général, à celui en faveur duquel est la déposition, que le serment doit être déféré. Et ce que nous disons d'un témoignage unique est applicable aussi à plusieurs témoignages qui laissent des doutes dans l'esprit du juge, puisque, d'après la doctrine que nous avons exposée sur les preuves testimoniales, les tribunaux aujourd'hui ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la valeur de la déposition des témoins, en quelque nombre qu'ils soient. A plus forte raison en doit-il être ainsi lorsque les témoignages sont contraires, sans être toutefois d'une égale force; car s'ils l'étaient, le juge, selon nous, devrait rejeter purement et simplement la demande.

619. D'après l'art. 17 du Code de commerce, si la partie aux livres de laquelle l'autre partie offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à celui qui en a demandé la représentation; ce qui prouve qu'il n'a pas toujours le choix de le déférer indistinctement à l'une ou à l'autre des parties.

620. Et suivant l'art. 1329, les livres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, mais cet article ajoute : *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment;* c'est-à-dire, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, que le juge peut voir dans les livres un commencement de preuve suffisant pour l'autoriser à déférer le serment, conformément à l'art. 1367, puisque autrement, en appliquant ces mots au serment décisoire, ils n'auraient aucun sens, le serment décisoire pouvant très-bien être déféré sans les registres. Et dans ce cas, le serment doit généralement être déféré au marchand, attendu que c'est sur la *demande* qu'il y a contestation, que c'est cette demande qui n'est ni pleinement justifiée ni totalement dénuée de preuve. Il faut, au surplus, que le marchand jouisse d'une bonne réputation, que ses livres soient régulièrement tenus, et que

(1) *V.* ce qui a été dit, *suprà*, nos 599 et suivants.

la fourniture soit vraisemblable. Et si c'était sur le payement que s'élevât la contestation, le serment, dans l'esprit de l'art. 1367, devrait, en général, être déféré au défendeur, dont l'exception ne serait, non plus, ni pleinement justifiée ni totalement dénuée de preuve.

621. Quant aux registres et papiers domestiques des personnes non marchandes, comme ils ne font point un titre pour celui qui les a écrits (art. 1331), le juge ne doit avoir aucun égard à ceux d'un demandeur en restitution d'un prêt ou d'un dépôt, à l'effet de pouvoir lui déférer le serment d'office. Dans ce cas, il est vrai de dire que la demande est totalement dénuée de preuve; or, dans cette hypothèse, l'article 1367 veut que le juge rejette purement et simplement la demande (1).

622. Et les billets à ordre et lettres de change, prescrits par cinq ans, d'après l'art. 189 du Code de commerce, ne peuvent pas non plus autoriser les tribunaux à déférer d'office le serment, même au défendeur; il n'y a lieu qu'au serment décisoire.

623. Pothier dit que quand même la preuve de la demande serait complète, si le juge défère le serment au demandeur, celui-ci doit le prêter, et que s'il ne le prête pas et qu'il soit condamné, il ne devra pas être reçu à appeler du jugement. « Car, dit cet auteur, quoique le » juge eût pu *et même dû*, la preuve paraissant » complète, lui donner gain de cause, sans » exiger son serment, il ne lui a pas néanmoins » fait grief en l'exigeant, puisqu'il ne coûte » rien à la partie d'affirmer ce qu'elle sait être » vrai; le refus qu'elle fait d'affirmer ce fait » atténue et diminue la preuve qu'il avait » faite. »

Le Code en décide autrement dans l'hypothèse faite par Pothier, d'une demande dont la preuve serait complète. Dans ce cas, le juge *doit,* d'après l'art. 1367, adjuger au demandeur ses conclusions; et s'il ne le faisait pas, il lui ferait *grief,* puisqu'il lui dénierait réellement justice. Quant à ce que dit Pothier, que la partie ne peut se plaindre de ce que le juge lui demande son affirmation sur un fait qu'elle sait être vrai, cela n'est pas tout à fait exact; car, suivant Pothier lui-même, il est beaucoup de personnes qui, par des motifs de religion, redoutent singulièrement de prêter le serment. Et si cette considération ne nous empêche pas de croire que le serment décisoire peut, en général (2), être déféré même à celui qui a complété sa preuve, c'est parce que la loi dit qu'il peut être déféré en tout état de cause, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou *de l'exception,* et parce qu'en outre les effets de ces deux serments sont bien différents. En effet, dès que j'ai prêté le serment que m'a déféré mon adversaire, ma cause est définitivement gagnée : je n'ai point à redouter l'appel qu'il croirait devoir interjeter : cet appel serait rejeté. Au lieu que le serment déféré par le juge n'empêche pas celui qui a été condamné d'interjeter appel du jugement.

C'est ce qu'enseigne Pothier lui-même : il dit avec raison que le juge d'appel peut réformer le jugement s'il lui paraît contenir un *mal jugé,* et pour cela, déférer le serment à l'autre partie, s'il croit que la contestation doit plutôt se décider sur le serment de celle-ci. C'est, dit-il, ce qui se voit tous les jours.

Cette notable différence dans les effets de l'un et de l'autre serment ne permet donc pas de dire avec cet auteur que, dans le cas où la preuve du demandeur est complète, si le juge lui défère le serment, et que son refus de le prêter le fasse condamner, son appel doit être déclaré non recevable, comme si c'eût été l'autre partie qui le lui eût déféré. Cette doctrine ne pourrait se soutenir devant notre article 1367, qui veut qu'en pareil cas le juge adjuge purement et simplement la demande, et qui décide par cela même que le juge qui n'agit pas ainsi fait grief, grief d'appel à ce demandeur.

(1) *V.* en ce sens l'arrêt de cassation du 2 mai 1810, au Répertoire de M. Merlin, v° *Serment.*

(2) Nous disons *en général* parce que, suivant ce que nous avons vu plus haut, s'il n'y a un acte authentique, dans lequel le notaire a attesté le fait comme s'étant passé sous ses yeux, le serment ne doit pas être déféré au porteur de cet acte sur ce même fait.

Art. II.

Du serment déféré par le juge sur la valeur de la chose demandée.

624. Ce serment, que dans le droit romain on appelait *juramentum in litem,* ne doit être déféré par le juge que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement la valeur de la chose demandée (art. 1369) : comme serait le cas d'un cheval promis, et qui est venu à périr par la faute de celui qui l'avait emprunté, ou d'un dépôt de choses cachetées, et qui ont été perdues par la faute du dépositaire, etc., etc. (1).

625. C'est au demandeur qu'il doit être déféré; l'article dit : « Le serment sur la valeur » de la chose demandée ne peut être déféré » par le juge *au demandeur* que lorsqu'il est » d'ailleurs impossible de constater autrement » cette valeur. »

626. Le juge doit même, en ce cas, déterminer une somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. (*Ibid.*)

Et pour cela, il doit prendre en considération la qualité de la personne et les circonstances du fait. Par exemple, si un individu réclame d'un maître d'hôtellerie des dommages-intérêts pour cause de perte de sa valise, et que la somme par lui réclamée paraisse exorbitante à raison de son état et des circonstances du fait, qui font raisonnablement douter qu'il y eût dans la valise des effets pour la valeur par lui prétendue, le juge, prenant en considération ces diverses circonstances, fixera une somme jusqu'à concurrence de laquelle seulement le demandeur en sera cru sur son serment. En déterminant la somme, le juge doit même être généralement plus réservé lorsque le défendeur n'a commis ni fraude, ni faute grave, mais seulement quelque imprudence légère, ou une simple négligence, ou bien lorsqu'il est poursuivi pour la faute de quelque personne dont il est civilement responsable.

627. Nous ne connaissons pas dans notre droit le serment que les interprètes du droit romain nomment *juramentum affectionis;* nous ne connaissons à cet égard que le serment sur la valeur réelle de l'objet demandé, *juramentum veritatis.*

Le juge déférait le premier au demandeur lorsqu'il y avait eu dol de la part du défendeur, ou lourde faute, laquelle, dans les contrats, était assimilée au dol : *magna culpa dolo æquiparatur* (2); et dans ces cas, indépendamment de la valeur de la chose, le demandeur pouvait se faire payer le prix de l'affection particulière qu'il avait pour elle. C'est de ce serment qu'il est question dans les lois 64, ff. *de judiciis,* et 1, ff. *de in litem jurejurando.* L'autre serment était déféré dans les cas où le défendeur n'avait commis ni dol ni faute grave. Et même dans la première hypothèse, le magistrat déterminait encore une somme jusqu'où pouvait aller le prix d'affection, *ne juraret in immensum petitor.*

628. Mais, outre la valeur réelle de la chose, il y aurait lieu aussi chez nous à prendre en considération le préjudice que sa perte a pu occasionner au demandeur. Dans le cas, en effet, où le corps certain qui faisait la matière d'une obligation solidaire est venu à périr par la faute de l'un des débiteurs, ou depuis sa mise en demeure, l'article 1205 suppose qu'il peut être dû au créancier des dommages-intérêts, indépendamment de la valeur de la chose, parce qu'en effet les dommages-intérêts se composent, en général, de la perte que l'on a faite et du gain dont on a été privé (Art. 1149.) Le juge, en fixant la somme jusqu'à concur-

(1) * Ce serment *in litem* ne doit pas être admis dans un cas où la valeur de la chose peut être appréciée approximativement, tant par titres que par témoins et par commune renommée. (Brux., 22 décembre 1828; J. du 19e s., 1828, 3, 38; et Brux., 29 décembre 1821; J. de B., 1821, 2, 20.)

La partie au préjudice de laquelle un vol a été commis, peut être admise au serment *in litem*, sur le montant ou la valeur de l'objet qui lui a été soustrait.

Il en serait de même de l'héritier s'il offre d'affirmer sous serment qu'il en a connaissance. (Brux., 20 février 1829; J. de B., 1829, 1, 162; J. du 19e s., 1829, 107.)

(2) *Magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est.* (L. 226, ff. *verb. signif.*)

rence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment, devrait donc prendre aussi en considération le préjudice que la privation de la chose a pu, à raison de quelque circonstance particulière, causer au demandeur, indépendamment de la valeur réelle qu'aurait l'objet demandé. Mais il ne doit avoir aucun égard au prétendu prix d'affection.

TITRE IV.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

SOMMAIRE.

629. *Sources générales des engagements ou obligations qui naissent sans convention.*

629. Après avoir tracé les règles qui concernent les contrats et les obligations conventionnelles en général, les rédacteurs du Code traitent des engagements qui se forment sans convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.

« De ces engagements, porte l'art. 1370, » les uns résultent de la seule autorité de la » loi, les autres résultent d'un fait personnel » à celui qui se trouve obligé.

» Les premiers sont les engagements formés » involontairement, tels que ceux entre pro- » priétaires voisins, ou ceux des tuteurs et » autres administrateurs qui ne peuvent refu- » ser la fonction qui leur est déférée.

» Les engagements qui naissent d'un fait » personnel à celui qui se trouve obligé, résul- » tent ou des quasi-contrats ou des délits ou » quasi-délits. »

Toutefois le quasi-contrat de gestion d'affaires, dont nous allons d'abord parler, oblige non-seulement celui qui a géré l'affaire d'un autre, mais il oblige aussi ce dernier, quoiqu'il n'y ait aucun fait personnel de sa part dans la gestion.

Et dans les délits et quasi-délits, on est non-seulement obligé à raison de son fait personnel, mais encore à raison du fait des personnes dont on doit répondre.

CHAPITRE PREMIER.

DES QUASI-CONTRATS.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

630. *Définition des quasi-contrats d'après le Code, mais incomplète.*

631. *Le Code ne parle ici que de deux quasi-contrats : celui de la gestion des affaires d'autrui, sans mandat, et le payement fait indûment.*

632. *Renvoi à d'autres parties de l'ouvrage, en ce qui concerne les obligations qui naissent d'autres causes que l'on regardait aussi anciennement comme des quasi-contrats.*

630. Les quasi-contrats, suivant l'art. 1371, sont des faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte une obligation envers quelqu'un, et quelquefois des obligations réciproques.

Des faits purement volontaires de l'homme, pour distinguer les quasi-contracts des contrats, qui ne sont pas considérés comme des *faits*, mais comme des conventions.

Mais il fallait ajouter au mot *faits*, pour compléter la définition, le mot *licites*, afin de distinguer les quasi-contrats des délits et quasi-délits, qui sont aussi des faits volontaires de l'homme, dont il résulte une obligation envers quelqu'un.

631. Le Code, dans ce chapitre, ne parle que de deux quasi-contrats : la gestion des affaires d'autrui sans mandat, et le payement d'une chose qui n'était pas due ; tandis que dans les anciens principes (1), on regardait

(1) *V.* les observations que nous avons faites au tome X,

aussi comme des quasi-contrats, l'administration d'une tutelle, celle d'une chose commune sans société, l'acceptation d'une hérédité, laquelle obligeait l'héritier envers les légataires et envers les créanciers, quoique l'héritier soit moins censé obligé envers les créanciers en vertu d'un quasi-contrat, qu'en vertu des engagements mêmes du défunt.

632. Comme nous avons expliqué précédemment ce qui concerne les obligations qui naissent de l'administration de la tutelle, et celles des héritiers envers les créanciers et les légataires, nous n'avons point à en parler ici; et nous confondrons l'administration d'une chose commune sans société, avec la gestion des affaires d'autrui sans mandat.

Nous parlerons d'abord de la gestion d'affaires, et ensuite du payement fait indûment.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA GESTION DES AFFAIRES D'AUTRUI, SANS MANDAT.

SOMMAIRE.

633. *Division de la matière.*

633. Il y aura à voir sur cet objet:

1° Ce qu'on entend par quasi-contrat de gestion d'affaires, et les motifs qui ont fait admettre les obligations qui en naissent;

2° Les conditions requises pour que ce quasi-contrat existe;

3° Les obligations qui en résultent.

§ Ier.

Ce qu'on entend par quasi-contrat de gestion d'affaires, et motifs qui ont fait admettre les obligations qui en résultent.

SOMMAIRE.

634. *Définition du quasi-contrat de gestion d'affaires.*

635. *Motifs des obligations qui en naissent.*

636. *Suite.*

634. La gestion d'affaires proprement dite est un quasi-contrat, à raison duquel celui qui a fait l'affaire d'un autre, sans mandat de la part de celui-ci, est tenu de lui rendre compte, et l'a pour obligé au payement de ses déboursés. L'équité le veut ainsi.

Nous disons *sans mandat*, parce que s'il y avait un mandat, ce serait un contrat.

635. La raison qui a fait admettre, dans le droit, les obligations qui naissent de ce quasi-contrat, c'est l'utilité des personnes qui, pour quelque cause, et généralement celle de l'absence, sont empêchées de veiller à la conservation de leurs biens, en tout ou partie : *Hoc edictum necessarium est : quoniam magna utilitas absentium versatur ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendæ actionem; vel injuriâ rem suam amittant.* (L. 1, ff. *de negotiis gestis.*)

Et par analogie de motifs, on étendit l'édit à tous les cas où l'affaire d'une personne avait été administrée par un tiers, soit à raison de l'enfance ou de la démence du propriétaire, soit pour quelque autre cause.

636. Mais pour que quelqu'un voulût bien se charger de cette gestion, il fallait qu'il fût assuré de trouver dans les lois un moyen de contraindre le propriétaire à lui rendre ses déboursés, s'il en avait fait, et si celui-ci s'y refusait. Le fondement de cette action est donc le grand principe d'équité qu'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui. Et comme chacun est censé vouloir ce qui peut lui être avantageux, on peut dire aussi qu'il y a eu dans le propriétaire dont les affaires ont été bien administrées, un tacite consentement à ce qu'elles le fussent; mais ce consentement n'étant que supposé, on ne peut pas dire que le maître de l'affaire est obligé en vertu d'un contrat; il l'est seulement comme il le serait d'après un contrat; il l'est *quasi ex contractu.*

nº 27, relativement à la distinction introduite par le Code, entre les engagements des tuteurs et les quasi-contrats.

Quant à l'obligation du gérant, de rendre compte de son administration, elle n'a pas besoin d'explication.

Voyons maintenant les conditions requises pour qu'il y ait lieu aux obligations qui naissent de cette espèce d'affaire.

§ II.

Conditions requises pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires.

SOMMAIRE.

637. *Trois principales conditions sont requises pour qu'il y ait lieu aux actions qui naissent du quasi-contrat de gestion d'affaires.*
638. *D'abord, il faut avoir fait l'affaire d'un autre : conséquence.*
639. *Mais celui qui a fait l'affaire d'un mineur en tutelle est censé avoir fait aussi celle du tuteur.*
640. *Autre cas.*
641. *Et la ratification que je donne à un acte fait en vue de moi, et qui ne me concernait pas, me le rend propre.*
642. *A plus forte raison aussi dans le cas où l'acte qui n'a pas été fait en vue de moi, et que j'ai ensuite ratifié, me concernait en réalité.*
643. *Il faut aussi que l'affaire n'ait pas été faite en vertu d'un mandat du propriétaire : différences entre l'un et l'autre cas.*
644. *Mais aujourd'hui il n'y a que simple gestion d'affaires, quoique le propriétaire ait connu la gestion.*
645. *Il n'y a également que gestion d'affaires si un mandat ayant été donné, il se trouvait nul.*
646. *Et pour ce qui a été fait au delà d'un mandat valable.*
647. *Autres cas analogues.*
648. *Autres cas.*
649. *Autres cas.*
650. *Lorsque, d'après le mandat de l'un de ceux qui sont intéressés dans la même affaire, je l'ai faite, j'ai contre lui l'action de mandat, et contre les autres* l'action negotiorum gestorum.
651. *Autres cas semblables.*
652. *Si je vous ai cautionné à la place de quelqu'un que vous aviez chargé de le faire et qui avait accepté, j'ai fait votre affaire et la sienne.*
653. Quid *lorsque quelqu'un s'est ingéré dans l'affaire d'un autre malgré l'opposition de celui-ci : renvoi.*
654. *Celui qui a fait l'affaire d'un autre* animo donandi *n'a pas l'action en répétition de ses dépenses : divers exemples au sujet d'aliments fournis.*
655. *Mais la présomption n'est pas qu'ils l'ont été* animo donandi; *cela s'induit des circonstances.*
656. *Autres cas analogues.*

637. On peut réduire les conditions requises pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires, à trois principales :

Il faut avoir fait l'affaire d'un autre;

L'avoir faite sans mandat de celui-ci;

Et l'avoir faite en vue, non-seulement de lui être utile, mais aussi de l'avoir pour obligé envers soi, du moins à l'effet d'avoir une action contre lui.

Ire RÈGLE. *Il faut avoir fait l'affaire d'un autre.*

638. De là il suit que, si j'ai payé une dette que je croyais être la vôtre, et qui ne l'était pas, mais qui était la mienne ou celle d'un autre, ou qui n'existait pas du tout, il n'y a entre nous aucune obligation née de la gestion des affaires d'autrui. (L. 23, ff. *de negotiis gestis.*)

Et si j'ai fait comme pour vous seul, ou comme pour moi seul, une affaire qui nous était commune, j'ai l'action *negotiorum gestorum,* et vous l'avez contre moi pour votre part dans l'affaire. (L. 6, § 4, ff. *hoc tit.*)

639. Mais je suis censé avoir fait votre affaire, si j'ai fait celle de votre pupille, puisque vous en étiez chargé, *dictâ lege,* 6, *princip.* J'aurai même l'action *negotiorum gestorum* contre le pupille, jusqu'à concurrence de ce

dont il aura réellement profité des déboursés que j'aurai faits, sans qu'il soit besoin que j'établisse que je les ai faits en vue de lui personnellement. (L. 6, § 4, ff. *hoc tit.*)

640. J'ai aussi fait votre affaire, si j'ai prêté de l'argent à votre commis ou à votre mandataire, en votre considération, pour qu'il pût faire une chose qui vous concernait; et en conséquence j'aurai contre vous l'action de gestion d'affaires; *dictâ lege*, § 1.

Mais je n'aurai pas d'action contre lui, à moins que je n'eusse exigé son engagement personnel. (*Ibid.*) Et dans ce cas-là même, je n'en aurais pas moins action contre vous, parce qu'il ne serait qu'une simple action (*ibid.*); de manière toutefois que, payé par l'un, mon action contre l'autre serait éteinte.

641. Et lors même que l'affaire que j'ai faite en votre considération ne vous concernait pas dès le principe, si vous avez ensuite ratifié ce que j'ai fait, j'ai l'action contre vous. Tel est le cas où j'ai reçu de Paul une somme dont il se croyait débiteur envers vous, mais qu'il ne vous devait pas, et que vous avez ratifié le payement. Par là, vous vous êtes soumis à l'action en répétition de Paul; dès lors, vous avez intérêt et droit à ce que je vous fasse raison de ce que j'ai reçu pour vous. (Même loi, § 9.)

A plus forte raison avez-vous action contre moi, si Paul était réellement votre débiteur. (L. 9, Code, *hoc tit.*)

642. Et par la même raison cette action a lieu dans le cas où l'affaire faite en vue de quelqu'un qu'elle ne concernait réellement pas, a été ratifiée par celui qu'elle concernait réellement. Par exemple si, croyant Titius héritier de Sempronius, tandis que c'était vous, j'ai reçu d'un débiteur de la succession ce qu'il devait, pensant recevoir pour Titius, et que vous ayez ratifié le payement, vous avez contre moi l'action *negotiorum gestorum*, parce qu'en réalité j'ai fait votre affaire; et Titius ne l'a pas, parce que je n'ai pas fait la sienne. (L. 6, § 10, ff. *hoc tit.*)

Vous l'avez pareillement, si, étant mon cohéritier, vous avez ratifié la vente que j'ai faite, comme pour moi seul, d'une chose dépendante de l'hérédité. (L. 19, Code, *hoc tit.*)

On pourrait facilement multiplier les exemples.

IIe RÈGLE. *Il faut avoir fait l'affaire sans mandat du propriétaire.*

643. S'il y avait un mandat, ce serait un véritable contrat, de l'inexécution duquel serait responsable celui qui l'aurait accepté, à moins qu'elle ne provînt de force majeure; au lieu que, même après avoir conçu le projet de gérer l'affaire de quelqu'un, et m'en être ouvert à plusieurs personnes, je puis m'abstenir de la gérer, et je ne devrai aucune indemnité pour cela au propriétaire, si toutefois je n'ai pas empêché par là qu'un autre s'en chargeât. Voyez *infrà*, n° 666.

Le mandat ne peut être donné que par une personne capable de contracter; au lieu que les incapables sont aussi obligés valablement envers ceux qui ont géré leurs affaires. (L. 19, ff. *de negot. gest.*, et L. 46, ff. *de obligat. et act.*) Cette différence est toutefois plutôt de doctrine qu'elle n'est réelle dans les résultats, car un incapable qui aurait donné un mandat serait obligé jusqu'à concurrence de ce dont les déboursés du mandataire lui auraient profité. Mais dans le mandat donné par une personne capable, que l'affaire ait été ou non utile au mandant, celui-ci n'en est pas moins obligé d'exécuter ce qu'a fait le mandataire, de l'indemniser de ses déboursés, et même de lui payer son salaire, s'il en a été convenu; tandis que dans le cas de la simple gestion d'affaires, il faut que la gestion ait été utile dès le principe au propriétaire, pour qu'il soit obligé envers le gérant, à moins qu'il n'ait ratifié ce qui a été fait.

Le mandat, en règle générale, ne peut se prouver par témoins au delà de 150 fr.; au lieu que je puis très-bien prouver de cette manière, au delà de cette somme, que vous avez géré mes biens, fait mes moissons, et enlevé les produits.

On trouverait encore d'autres différences, nonobstant la disposition finale de l'art. 1372: « Il se soumet (celui qui gère volontairement

» l'affaire d'autrui) à toutes les obligations qui » résulteraient d'un mandat exprès que lui au- » rait donné le propriétaire. » Ce qui est, du reste, très-vrai par rapport au gérant.

644. Et il faut remarquer que ces obligations sont les mêmes, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore : l'article le dit positivement; au lieu que dans les anciens principes, si le propriétaire eût connu la gestion lorsqu'elle a commencé, et l'eût soufferte, c'eût été un mandat tacite.

645. Si j'ai fait votre affaire, croyant avoir reçu de vous un mandat à cet effet, tandis qu'il n'y en avait pas, ou que celui qui avait été donné était nul, j'ai seulement contre vous l'action *negotiornm gestorum,* et non celle *mandati.* (L. 5, ff. *hoc tit.*)

646. Par la même raison, si le mandataire a outre-passé les bornes de son mandat, par exemple s'il a dépensé trente mille francs dans l'administration des biens du mandant, tandis que le mandat limitait à vingt mille les dépenses qui devaient être faites, il n'a, pour les dix mille francs d'excédant, que la simple action de gestion d'affaires. (L. 32, ff. *hoc tit.*) Par conséquent, si ces dix mille francs n'ont produit, pour le propriétaire, qu'une utilité de cinq mille francs seulement, l'action, pour cet objet, ne sera que de cinq mille francs.

647. Lorsqu'une affaire intéresse tout à la fois mon ami et une autre personne, et que je la gère de mon propre mouvement, en considération seulement de mon ami, dans la rigueur des principes je ne devrais avoir action que contre celui-là seulement que j'avais en vue en faisant l'affaire, et pour la part qu'il y avait, s'il n'était pas solidaire avec le tiers. Les LL. 6, § 6; 46, ff. *hoc tit.*, et 22, § 10, ff. *mandati,* sont conçues en ce sens.

Néanmoins, *æquitatis causâ,* les actions *negotiorum gestorum* auront lieu aussi entre le gérant et le tiers. C'est ce que décide aussi la loi 6, § 6, ci-dessus. Et Papinien, dans la loi 31, § 1, ff. *hoc tit.,* dit la même chose du cas où, en gérant les affaires de Titius, j'ai fait en même temps une affaire de Sempronius qui s'y trouvait mêlée, sans que je susse qu'elle concernait Sempronius, cas dans lequel évidemment je n'avais pas l'intention de l'obliger envers moi.

Même chose est décidée dans la loi 5, § 1, ff. *hoc tit.*, où Ulpien dit que si j'ai géré l'affaire de Sempronius lorsque je croyais que c'était celle de Titius, Sempronius n'en est pas moins obligé, envers moi, et moi envers lui, tandis que je ne le suis pas envers Titius, ni Titius envers moi. Ulpien porte encore une semblable décision sur un cas analogue, dans la loi 42, § 2, au même titre.

648. Dans la rigueur des principes aussi, je n'aurais pas d'action lorsque, croyant faire mon affaire, il se trouve que c'est celle d'un autre; car je n'ai pas eu l'intention d'obliger celui-ci envers moi. De là le jurisconsulte Paul, dans la loi 14, ff. *de doli mali except.*, dit que celui qui a bâti sur le fonds d'autrui (croyant qu'il lui appartenait) ne peut recouvrer le montant de ses impenses qu'autant qu'il possède le fonds, parce qu'alors il pourra opposer, sur la demande en revendication du propriétaire, l'exception *doli mali,* si ce dernier ne veut pas l'indemniser.

Mais d'après l'équité, celui qui a fait quelque dépense sur une chose ou dans une affaire qu'il croyait à tort lui appartenir ou le concerner, a l'action *negotiorum gestorum* (1) contre le maître de la chose ou de l'affaire. Africain en donne plusieurs exemples dans la loi dernière à ce titre.

649. Julien va bien plus loin encore dans la loi 6, § 3, *hoc tit.* : il décide que si quelqu'un s'est ingéré dans la gestion de mes affaires, non pas en vue de m'être utile, mais pour son propre avantage, non-seulement j'ai l'action contre lui, comme de raison, pour obliger à me rendre compte; mais aussi qu'il l'a contre moi, non pas pour tout ce qu'il a dépensé, mais jusqu'à concurrence de ce dont je m'en trouve plus riche au moment de sa demande. Ce texte est un solennel hommage rendu au principe

(1) *Utilis, id est utilitate suadente.*

que l'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui, même d'un homme de mauvaise foi.

650. Si l'un de deux débiteurs d'une dette m'a donné mandat de la payer, j'ai contre lui l'action du mandat pour le tout, soit que la dette fût solidaire ou non, à moins que dans ce dernier cas il ne m'eût chargé que de payer sa part seulement; et j'ai contre l'autre l'action de gestion d'affaires pour le tout, ou pour sa portion seulement, selon que la dette était ou non solidaire; car j'ai fait aussi son affaire. (L. 14, Cod., *hoc tit.*) Peu importe, dans le cas même où la dette était solidaire, que si c'était celui qui m'a donné le mandat, qui l'eût payé, il n'aurait eu contre son codébiteur qu'une action pour la portion de celui-ci, et qu'il soit censé avoir agi lui-même par mon ministère : cela ne fait rien; le fidéjusseur qui a payé toute la dette solidaire a bien aussi son recours pour le total contre chacun des codébiteurs (art. 2030), et cependant il avait aussi reçu un mandat de chacun d'eux pour le cautionner.

651. Ainsi, lorsque vous m'avez donné mandat de faire une chose qui concernait Titius, j'ai contre vous l'action du mandat, et contre Titius l'action de gestion d'affaires. (L. 3, ff. *hoc tit.*) Il en serait par conséquent de même si, pour me déterminer à faire l'affaire de Titius, vous vous êtes rendu garant pour mon recours. (*Ibid.*) Et vous aurez vous-même l'action de gestion d'affaires contre Titius, si vous avez déboursé quelque chose par suite de votre cautionnement. (L. 4, *eod. tit.*) ; et contre moi l'action de mandat, si je n'ai pas bien géré l'affaire, attendu que vous êtes obligé envers Titius par cela seul qu'en vous rendant garant des déboursés que je ferais, pour m'engager à faire la chose, vous vous êtes vous-même mêlé de son affaire. Mais si je n'avais pas fait l'affaire du tout, Titius n'aurait point d'action contre vous. (L 8, § 6, ff. *mandati.*) Voyez ce que nous avons dit sur ce point, au tome X, n°s 230 et 235.

652. De même, si Paul, que vous aviez chargé de vous cautionner, et qui avait accepté votre mandat, ne l'a pas exécuté, et que je vous aie moi-même cautionné à sa place, il y aura lieu entre vous et moi aux actions *negotiorum gestorum*, et elles existeront aussi entre Paul et moi. (L. 46, § 1, ff. *de neg. gest.*) J'aurai, de plus, contre vous l'action du créancier, après l'avoir payé, et à laquelle, d'après le Code, je serai subrogé de plein droit (articles 1250-3° et 2029), quoique mon cautionnement eût été donné à votre insu. (Art. 2014.)

653. Enfin, quant au cas où une personne s'est ingérée dans les affaires d'une autre, nonobstant l'opposition formelle de celle-ci, nous l'avons traité relativement aux payements des dettes, au tome précédent, n° 19. Nous y résolvons la question de savoir s'il y a lieu au recours, par quelques distinctions tirées des circonstances particulières de l'affaire. Nous y citons aussi les diverses décisions des lois romaines sur ce point, notamment la loi dernière, au Code, à ce titre, par laquelle Justinien, voulant trancher la controverse qui existait à cet égard parmi les jurisconsultes, décide que le recours n'aura pas lieu.

IIIe RÈGLE. *Le gérant, en faisant l'affaire d'un autre, et en dépensant du sien, doit avoir eu l'intention de le tenir pour obligé envers lui.*

654. De là, ce qui a été fait *animo donandi* ne produit point d'action de gestion d'affaires au profit de celui qui a fait la chose. Par exemple si, par attachement pour ma sœur, j'élève chez moi son enfant, je n'aurai pas d'action contre elle, quoique par là j'aie fait son affaire; car dès le principe mon intention n'était pas d'en avoir une. (L. 27. § 1, ff. *hoc. tit.*)

Et l'empereur Gordien, dans la loi 15, au Code, *hoc tit.*, dit que si par l'effet d'un attachement en quelque sorte paternel, *paterno affectu*, j'ai nourri les filles que ma femme a eues d'un premier mariage, ou si j'ai payé de mes deniers leurs maîtres d'études et d'agréments, je n'ai point d'action pour ces diverses dépenses (ni contre mes belles-filles, ni contre mon épouse); mais que si je ne les ai faites que dans l'intention d'en répéter ensuite le montant, j'ai l'action *negotiorum gestorum*.

On trouve une semblable décision, et avec

la même distinction, dans la loi 50, ff. *familiæ erciscundæ*, au sujet de l'argent qu'un père avait remis à son fils émancipé, pour aller faire ses études dans quelque ville : le fils n'en doit pas le rapport en moins prenant dans la succession du père, à moins que celui-ci n'ait plutôt compté l'argent à son fils *animo credendi, quàm animo donandi*.

655. Mais en principe, les dépenses, même pour aliments, et quoique faites pour des personnes proches parentes de celui qui les a faites, ne sont pas présumées faites *animo donandi*. On en trouve un exemple assez frappant dans la loi 34, ff. *hoc tit.* C'est un point qui dépend des circonstances de la cause : comme la nature du lieu qui unissait les personnes, la fortune et l'état de l'une et de l'autre, les circonstances particulières dans lesquelles les dépense sont été faites, et la considération aussi qu'elles auraient été faites par des déboursés de sommes, plutôt qu'en recevant la personne chez soi.

En traitant des aliments, au titre *du mariage*, tome II, et *des rapports*, tome VII, nous avons donné des explications assez étendues à ce sujet.

656. Il arrive aussi quelquefois qu'on répond pour quelqu'un dans la vue de ne point répéter ce qu'on aurait à payer pour lui : la loi 32, ff. *de pactis*, suppose que cela a eu lieu dans l'espèce décidée par ce texte; et la loi 60, § 1, ff. *mandati vel contrà*, statue sur un cas où, d'après les circonstances de la cause, et qui y sont exposées, le cautionnement avait été interposé, sinon à proprement parler *animo donandi*, du moins par des motifs personnels au fidéjusseur, qui ne songeait point alors à répéter ce qu'il pourrait avoir à payer à ce sujet. Et le jurisconsulte décide en conséquence que les héritiers du répondant qui avait payé la dette, n'ont aucune action en répétition, ni celle de mandat, ni celle de gestion d'affaires.

---

§ III.

Quelles sont les obligations qui naissent du quasi-contrat de gestion d'affaires.

SOMMAIRE.

657. *Obligation, pour celui qui s'est chargé de l'affaire, de l'achever : texte des art.* 1372 *et* 1373.

658. *Le mot* affaires *s'entend des affaires extrajudiciaires ; et d'une comme de plusieurs.*

659. *Mais le gérant n'est point obligé de gérer toutes les affaires de la même personne.*

660. *Pour plaider pour quelqu'un, il est besoin d'un mandat : droit romain sur ce point, note.*

661. *On ne peut non plus, en général, ni stipuler ni promettre pour un tiers dont on n'a point de mandat.*

662. *Du cas où c'est une femme mariée non autorisée de son mari qui a géré l'affaire d'un tiers.*

663. *Et de celui où c'est un mineur, même non émancipé.*

664. *Le gérant doit rendre compte de tout ce qu'il a perçu pour le compte du maître de l'affaire.*

665. *Et même de ce qui n'était pas dû à celui-ci.*

666. *Il répond des fautes commises dans sa gestion ; de quelles fautes il est tenu.*

667. *Et fait raison des sommes qu'il a employées à son usage.*

668. *Il répond de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion.*

669. *De son côté, le maître dont l'affaire a été bien administrée doit indemniser le gérant de ses déboursés : texte de l'article* 1375.

670. *Application de la condition que l'affaire doit avoir été bien administrée.*

671. *Mais le gérant a droit au remboursement des dépenses nécessaires qu'il a faites sur une chose, quoiqu'elle soit ensuite venue à périr.*

672. *Toutefois, la règle* initium spectandum est *souffre quelques limitations.*

673. *Il faut envisager la gestion dans son ensemble.*

674. *Les intérêts des déboursés faits par le gérant lui sont dus à compter du jour où il les a faits.*

675. *Il doit être dégagé, par le propriétaire, des obligations qu'il a personnellement contractées pour sa gestion.*

676. *Et le propriétaire doit aussi exécuter les engagements qui ont été contractés en son nom pour la même cause.*

657. Suivant l'article 1372, « lorsque volon» tairement on gère l'affaire d'autrui, soit que » le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il » l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement » de continuer la gestion qu'il a commencée, » et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire » soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se » charger également de toutes les dépendances » de cette même affaire.

» Il se soumet à toutes les obligations qui » résulteraient d'un mandat exprès que lui au» rait donné le propriétaire. »

Bien mieux, d'après l'article suivant, « il est » obligé de continuer sa gestion, encore que le » maître de l'affaire vienne à mourir avant que » l'affaire soit consommée, jusqu'à ce que l'hé» ritier ait pu en prendre la direction. » Il ne pourrait dire, pour s'excuser de l'avoir abandonnée, qu'il ne s'en était chargé que par considération pour le défunt : *il s'est lié à l'affaire* en l'entreprenant.

658. Le mot *affaire,* ici, s'entend également d'une ou plusieurs affaires : Negotia *sic accipe, sive unum, sive plura.* (L. 3, § 2, ff. *hoc tit.*)

Et quelle que soit l'espèce d'affaire qui soit gérée, cela est indifférent : comme si quelqu'un fait ma récolte en mon absence, fait étayer ma maison qui menace ruine, paye ma dette, me cautionne à mon insu, etc., etc.

659. Mais celui qui se mêle des affaires d'un autre n'est pas pour cela obligé de les gérer toutes : il ne doit pas, sous ce rapport, être assimilé à un tuteur, qui doit gérer toutes les affaires de son pupille : *Satis abundèque sufficit, si cui, vel in paucis, amici consulatur.* (L. 20, Cod. *hoc tit.*) Celui qui, par exemple, paye ma dette envers Paul, n'est point obligé de payer mes autres dettes; bien mieux, celui qui a fait ma moisson n'est pas pour cela obligé de faire ma vendange; mais il doit faire tout ce qui est une suite, une dépendance de l'affaire ou des affaires dont il s'est chargé, et dont l'omission rendrait sa gestion incomplète quant à ces mêmes affaires.

660. Nous disons, *quelle que soit l'espèce d'affaire qui soit gérée, cela est indifférent ;* toutefois un tiers ne peut plaider pour moi, ni en demandant ni en défendant, sans un mandat de ma part, ou sans avoir qualité, d'après la loi, pour me représenter : et alors c'est moi qui plaide réellement par son ministère. Si c'est un mandataire ordinaire qui me représente, il est exprimé dans les actes : *à la requête d'un tel, poursuites et diligences d'un tel, son mandataire.* Et si c'est un mineur en tutelle, il est dit : *à la requête d'un tel, tuteur d'un tel.* L'expression de la qualité indique suffisamment que c'est le mineur qui plaide par le ministère de son tuteur.

C'est de là qu'est venu cet adage que *nul en France, hormis le roi, ne plaide par procureur* (1).

(1) Tandis qu'à Rome il en était autrement. D'abord, dans les premiers temps, ce n'était que dans un petit nombre de cas, que l'on pouvait être représenté dans un procès, *vetante regulâ* nemo alieno nomine lege agere potest. (L. 123, ff. *de reg. juris.*) Ces cas étaient ceux où il s'agissait d'une cause qui intéressait le peuple, ou qui était relative à la liberté d'un individu, et lorsqu'un tuteur agissait pour son pupille.

Ensuite, *utilitate suadente*, on put plaider par procureur dans les causes ordinaires ou d'intérêt pécuniaire ; mais par respect pour les anciennes règles, on imagina de rendre, fictivement du moins, maître du procès, *dominus litis,* celui qui représentait un autre dans la cause. Celui qui représentait le demandeur, s'appelait *procurator* (*ad litem*), et celui qui représentait le défendeur, s'appelait spécialemeut *defensor.* Mais les uns et les autres n'avaient rien de commun avec les avocats, *advocati*, qui étaient simplement *appelés* pour *assister* celui qui les appelait ; et il en est de même dans notre droit.

Lorsque le procureur était nommé par le maître présent, en vertu d'une certaine formule, il s'appelait *cognitor;* mais l'usage de cette formule ne subsistait plus au temps de Justinien. Lorsqu'il était nommé *à domino absente, nudo mandato*, il s'appelait spécialement *procurator*, et il devenait le maître du procès *per litis contestationem ;* mais il devait donner caution à l'autre partie

661. Et un tiers ne peut non plus, en général, stipuler ou promettre pour moi (art. 1119, 1120 et 1121), non-seulement en ce sens que, dans le cas d'une stipulation, il en acquît pour lui le bénéfice, si le promettant ne voulait pas faire la chose pour moi, mais encore en ce sens que je pusse avoir une action contre lui; et, dans le cas de la promesse, non-seulement en ce sens que le stipulant pût me contraindre à faire la chose; mais aussi en ce sens qu'il eût une action contre le tiers, si je ne voulais pas la faire. La stipulation ou la promesse est nulle sous l'un comme sous l'autre rapport.

Cette double règle souffre sans doute des exceptions; mais nous les avons expliquées précédement, au tome X, chapitre II, sect. Ier, §§ 5 et 6, et chap. III, sect. VI, en développant les règles elles-mêmes : il serait donc inutile de les rappeler ici. Nous devons éviter les répétitions autant que possible.

662. Si c'était une femme mariée non autorisée de son mari qui gérât l'affaire d'autrui, elle n'en serait pas moins obligée de rendre compte, et même de payer les dommages-intérêts pour le préjudice qu'elle aurait causé au maître par sa mauvaise gestion ; et, suivant les circonstances de l'affaire, son mari pourrait être responsable, comme l'ayant tacitement autorisée.

Et quant à la gestion antérieure au mariage de la femme, il ne saurait être douteux que celle-ci ne fût tenue de l'action; et le mari pareillement s'il y avait communauté entre eux (1).

663. Un mineur, même non émancipé, ne serait pas moins obligé de rendre compte de la gestion qu'il aurait faite des affaires d'autrui, et de réparer le dommage qu'il aurait causé au propriétaire; car celui-ci ne pourrait raisonnablement être tenu de supporter le préjudice qu'un autre lui aurait causé en s'ingérant dans une affaire qui ne le regardait pas; un mineur n'est point restituable à raison des obligations qui naissent de ses délits, et même de ses quasi-délits. (Art. 1310.)

Toutefois la responsabilité relative aux simples fautes serait généralement appliquée moins sévèrement à un mineur qu'à un majeur; l'on devrait prendre en considération la nature des circonstances qui l'ont porté à s'ingérer dans cette affaire, et surtout dans quel esprit il l'a fait.

664. Le gérant doit rendre compte de tout

que le maître ratifierait ce qui serait jugé : *de rato cavebat.*

Et régulièrement on n'était point obligé d'admettre pour procureur du demandeur celui qui ne justifiait pas d'un mandat. Il y avait quelques exceptions : par exemple, le mari était admis, dans la cause de sa femme, à la représenter, sans justifier d'un mandat exprès. Il en était de même du fils qui se présentait dans la cause de son père, pour exercer l'action au nom de celui-ci, et même d'un frère agissant pour son frère, d'un beau-père agissant pour sa bru, de l'affranchi agissant pour son patron, ou du patron agissant pour l'affranchi. Mais ils devaient tous aussi donner caution que le maître de l'affaire ratifierait le *jugé*.

Dans notre droit, ces exceptions, même avec l'offre de fournir cette caution, ne seraient point admises ; le défendeur ferait déclarer non recevable dans sa poursuite, faute de qualité ou de pouvoir, celui qui le poursuivrait sans être muni d'un mandat du véritable maître de l'affaire ; sauf les règles relatives à la tutelle, et au pouvoir du mari relativement aux actions de sa femme, dont il aurait l'exercice à raison du régime sous lequel il serait marié et à raison aussi de l'objet de la poursuite.

Quant à celui qui venait représenter le défendeur, *defensor,* il n'avait pas besoin d'être muni d'un mandat : *defendere quis, sive libertus, sive extraneus sit, sive mandato potest.* (L. 12, Cod., *de procur. et defens.*) Mais il était tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, si le demandeur l'exigeait. (L. 110, ff. *de regul. jur.*)

Chez nous, il n'en serait pas ainsi, même avec l'offre de fournir cette caution.

Ainsi, c'est à raison de ces différences que l'on dit : *Nul en France, hormis le roi, ne plaide par procureur;* et encore aujourd'hui le roi est-il représenté, soit en demandant, soit en défendant, dans les causes qui sont relatives à la liste civile et aux domaines de la couronne, par l'intendant de la liste civile, qui est en nom dans le procès.

Dans le droit romain, le jugement était rendu contre le *procurator* ou le *defensor*, quand il y en avait un dans la cause, et que c'était lui qui avait succombé ; mais lorsque le véritable maître de l'affaire avait ratifié, le *defensor,* s'il était poursuivi pour payer le *jugé*, se défendait par une exception ; et si c'était le procureur du demandeur qui avait obtenu le jugement, et qui voulait le faire exécuter à son profit sans une cession, il pouvait être aussi repoussé par une exception.

Car cette propriété du procès n'était que fictive.

(1) *V.* au tome II, n°s 496 et suivants, au titre *du Mariage*, ce que nous avons dit au sujet des engagements de la femme dans les cas de quasi-contrats.

ce qu'il a perçu pour le compte du maître de l'affaire.

665. On décidait même dans le droit romain, et cela devrait être pareillement suivi chez nous, que le gérant était obligé aussi de faire raison au maître de ce qui lui avait été payé par un tiers qui se croyait faussement débiteur envers lui; quoiqu'il n'eût pu d'ailleurs réclamer de l'absent ce qu'il avait payé pour lui, si celui-ci ne devait pas la chose. (L. 23, ff. *hoc tit.*)

Mais la raison de différence est sensible : dans le dernier cas, il a commis une faute, qu'il doit s'imputer; dans le premier, le tiers, qui se croyait débiteur envers l'absent, a entendu payer à son créancier, et non au gérant. Celui-ci n'a pas reçu pour son avantage, et l'absent ratifie ce payement en en demandant compte au gérant, et s'oblige ainsi à la restitution envers le tiers. Or, la ratification équipolle au mandat : *ratihabitio mandato œquiparatur.* Dans le cas de mandat, le Code civil, comme le droit romain, veut que le mandataire soit tenu de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il a reçu n'eût point été dû au mandant (art. 1993); or, il en doit être ainsi du gérant, puisqu'il est soumis à toutes les obligations résultant d'un véritable mandat que lui aurait donné le propriétaire. (Art. 1372.)

La loi 8, § 1, ff. *hoc tit.*, décide la même chose dans un cas où le gérant a reçu du débiteur de celui dont il a fait l'affaire, des intérêts ou une restitution de fruits que ce dernier n'aurait pu exiger.

666. Puisque, d'après l'art. 1372, celui qui gère volontairement l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, se sommet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire, il s'ensuit qu'il est responsable des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion, et dont devrait répondre un mandataire. Or, suivant l'art. 1992, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit, qu'à celui qui reçoit un salaire; et le gérant n'en reçoit pas.

Plus d'un interprète du droit romain (1), considérant qu'on ne saurait mettre trop de soin à réprimer le zèle indiscret de ceux qui se mêlent des affaires d'autrui sans avoir reçu mission pour cela, qui s'ingèrent souvent dans ces affaires dans des vues peu honnêtes, ont pensé que le gérant d'affaire doit répondre de ses fautes même les plus légères; *quia culpa est, immiscere rei ad se non pertinenti.* (L. 36, ff. *de regul. juris.*) Ils se fondent aussi sur la loi 23 du même titre, analysée.

Néanmoins ils admettent, d'après ce que décide Ulpien dans la loi 3, § 9, ff. *de negotiis gest.*, que, dans certains cas, le gérant n'est responsable que de son dol, dont on répond toujours, et de la faute grave, qui, dans les affaires civiles, est assimilée au dol. (L. 226, ff. *de regul. jur.*) C'était lorsque quelqu'un, mû par un sentiment d'humanité, et pour empêcher que mes biens ne fussent vendus sur la poursuite de mes créanciers, s'était immiscé dans mes affaires.

Quoi qu'il en soit, il est certain que cette doctrine ne pourrait se soutenir sous le Code, puisqu'il est évident qu'en disant que la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement au mandataire qui ne reçoit pas de salaire, qu'à celui qui en reçoit un, il dit par cela même que le premier pourrait n'être pas tenu de telle faute dont le second serait tenu ; ce qui est bien reconnaître qu'il peut y avoir des fautes de plusieurs sortes quant à leur caractère de gravité (2). Or, le gérant est tenu des obligations qui résulteraient d'un mandat exprès qu'il aurait reçu du propriétaire.

En somme, le gérant, en général, devrait être tenu de ses fautes graves, et même de ses fautes légères si un autre plus zélé et plus habile que lui s'était offert pour gérer, et avait été écarté ; car il serait censé avoir promis

(1) *V.* les *Recitationes* des professeurs de Louvain, tit. *de negotiis gestis*, § 5.

(2) *V.* ce que nous avons dit, quant à la responsabilité des fautes, au tome X, chap. III, sect. 2, § 1er, nos 397 et suivants.

d'apporter le même zèle et la même habileté que celui qu'il a empêché de gérer. Au surplus, l'appréciation des fautes du gérant dépend beaucoup, comme le dit Pothier, *ad Pandectas, hoc tit.,* des circonstances dans lesquelles il s'est chargé de l'affaire, et de celles aussi dans lesquelles les fautes reprochées ont été commises. Mais, en principe, le gérant ne répond pas des fautes très-légères, *levissimæ culpæ* (1).

L'art. 1374 consacre cette doctrine, en disant : « Il est tenu d'apporter tous les soins » d'un bon père de famille.

» Néanmoins *les circonstances* qui l'ont con- » duit à se charger de l'affaire peuvent autori- » ser le juge à modérer les dommages-intérêts » qui résulteraient des fautes ou de la négli- » gence du gérant. »

Et même à n'en pas prononcer du tout, si c'était par bienveillance pure qu'il s'était chargé d'une affaire pénible et qui était périlleuse pour le propriétaire, comme dans l'espèce de la loi 3, § 9, précitée.

D'un autre côté, il peut être responsable d'une perte arrivée par cas fortuit, lorsqu'elle a été causée par quelque imprudence de sa part : comme dans le cas de la loi 11, *hoc tit.*, où il est déclaré responsable de la mort d'esclaves qu'il avait achetés pour le maître, ou de la perte de marchandises mises sur un navire, lorsque le propriétaire n'était point dans l'usage de se livrer à de semblables spéculations. Cela est juste, car le cas fortuit a été amené par la faute du gérant, en le considérant dans ses effets par rapport au propriétaire. Mais, même dans ce cas, le propriétaire ne doit pas diviser la gestion, agréer seulement les bonnes opérations, et rejeter les mauvaises (*ibid.*) : la gestion ne forme qu'un seul contrat, ainsi que le dit le jurisconsulte Paul dans la loi 16, *eod. tit.*

Et quoique, ainsi que nous l'avons dit plus haut, d'après la loi 20, au Code, *hoc tit.,* le gérant ne soit point obligé de se charger de toutes les affaires de la personne, néanmoins s'il a négligé de gérer celles dont un autre offrait de se charger, il est responsable de la perte que le propriétaire a éprouvée par suite de négligence. (L. 6, § 12, ff. *hoc tit.*)

(1) V. tome X, nº 414.

Mais le maître ne peut toutefois reprocher à celui qui s'est ingéré dans la gestion de ses biens de n'avoir pas poursuivi les débiteurs, lors même que les dettes se trouveraient aujourd'hui prescrites, ou que les débiteurs seraient devenus insolvables. Car il n'avait pas qualité pour cela. (*Ibid.*) Autre chose serait le refus qu'il aurait fait de recevoir d'eux, ou d'un tiers, le montant des payements offerts, si toutefois ils ne lui étaient pas offerts sous des conditions qu'il ne pouvait remplir sans compromettre les intérêts du propriétaire. (*Ibid.*)

A l'égard de sa propre dette envers l'absent, la même loi le rendait responsable de ne s'en être pas payé à lui-même le montant dans le cas où elle ne produisait pas d'intérêts, et qu'il aurait pu, en plaçant les derniers, leur en faire produire : *à semet ipso cur non exegerit ei imputabitur.* A plus forte raison, si la dette fût venue à se prescrire, aurait-il été repoussé par une exception, s'il avait voulu ensuite opposer la prescription à l'absent.

Cela ne pourrait guère être applicable qu'à celui qui aurait pris la gestion générale des biens de son créancier absent, ou du moins des biens auxquels la dette était relative, mais non à un débiteur qui ferait pour son créancier une ou plusieurs affaires seulement qui n'auraient aucun rapport avec sa dette ; sans préjudice de l'exception tirée de la compensation si elle a pu s'opérer.

667. Le gérant doit faire raison des intérêts des sommes qu'il a employées à son usage, du jour de cet emploi ; et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure. (Art. 1996 et 1372 combinés.)

668. Il répond de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion. (Art. 1994 et 1372 combinés.)

Le maître aurait directement action contre le substitué. (Même art. 1994.)

669. De son côté, ainsi que nous l'avons dit en commençant l'explication de la matière, le gérant a une action contre le propriétaire pour être indemnisé des déboursés faits dans sa gestion ; mais le propriétaire ne lui doit aucun salaire, à moins que ce ne fût une affaire faite

par quelqu'un qui faisait profession des affaires de cette sorte : comme serait un commissionnaire qui aurait vendu des marchandises qui étaient en souffrance; un avoué qui se serait constitué dans une certaine cause, etc.

Quant à l'action du gérant contre le propriétaire, l'article 1375 porte : « Le maître dont » l'affaire a été bien administrée doit remplir » les engagements que le gérant a contractés » en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles et nécessaires qu'il a faites. »

670. Il faut que l'affaire ait été bien administrée, car si elle l'a été mal, il peut, selon les circonstances de la cause, y avoir lieu, au contraire, à des dommages-intérêts pour le propriétaire, quoique le gérant eût fait des dépenses. Tel serait le cas où il aurait détérioré plutôt qu'amélioré la chose du maître. Et il n'aurait aucune indemnité à raison de dépenses qu'il aurait faites sur une chose qui n'en valait pas la peine, sur laquelle le maître n'en aurait pas fait. (L. 10, § 1, ff. *hoc tit.*) Il y aurait lieu tout au plus à payer la plus value qu'en aurait éprouvée la chose; sauf le cas où le maître aurait ratifié ce qui a été fait.

De là aussi, comme on l'a dit plus haut, le gérant qui a payé, même par erreur, quelque chose que ne devait pas celui des affaires duquel il s'est chargé, ne peut rien répéter à cet égard, ni le porter à décharge dans son compte; sauf à lui la répétition contre le tiers, s'il y a lieu. Par conséquent, s'il a payé une dette qui était prescrite, il ne peut rien répéter à ce sujet. C'est une grande différence d'avec le cas de mandat, dans lequel on ne considère point l'utilité dont les dépenses faites par le mandataire peuvent être au mandant, où l'on ne s'occupe que du point de savoir s'il y avait mandat. (L. 31, ff. *hoc tit.*)

671. Mais on doit faire raison au gérant, des dépenses nécessaires qu'il a faites, quoiqu'elles soient devenues inutiles pour le propriétaire par quelque événement survenu depuis : comme serait le cas d'une maison qui menaçait ruine, que le gérant a fait réparer, et qui est ensuite venue à brûler par un fait étranger au gérant; ou le cas de dépenses faites pour un cheval malade et qui est venu à mourir, même des suites de la maladie pour laquelle ces dépenses ont eu lieu. (*Ibid.*) En effet, le proprétaire eût fait lui-même ces dépenses, s'il eût été présent; il a donc épargné sa propre bourse, *pecuniæ suæ pepercit*, par la gestion de celui qui les a faites : donc il doit l'indemniser de ce que celui-ci a dû raisonnablement dépenser; car ce n'est toujours que dans cette mesure que l'indemnité doit être payée : *Initium spectandum est.*

672. Cependant cette règle *initium spectandum est* recevait quelques limitations, dans le droit romain, par rapport aux dépenses faites sur les biens des pupilles sans l'autorité de leurs tuteurs : le pupille ne devait l'indemnité que jusqu'à concurrence de ce dont sa chose se trouvait augmentée de valeur au moment de la demande. (L. 37, ff. *hoc tit.*) Et cela serait suivi aussi dans notre droit.

Elle devrait en souffrir une aussi à l'égard des dépenses simplement *utiles*, quelle que fût la qualité du propriétaire; car on ne peut pas dire avec la même probabilité que pour les dépenses nécessaires, que celui-ci les eût faites. En sorte que s'il n'a pas approuvé purement et simplement la gestion, il ne devrait indemniser le gérant que jusqu'à concurrence de l'utilité qui résulterait pour lui de ces dépenses au moment de la demande. L'article 555 fournit un puissant argument pour le décider ainsi.

673. Et comme nous l'avons dit plus haut, la gestion ne formant qu'un seul contrat (L. 16, ff. *hoc tit.*), le propriétaire ne doit pas la diviser pour accepter les opérations avantageuses, et rejeter les mauvaises (L. 11, ff. *hoc tit.*); lors même qu'elles ne seraient pas la conséquence les unes des autres; sauf ce qui a été dit sur le payement d'une chose que ne devait pas le propriétaire, car, dans ce cas, on ne peut pas dire que le fait fît partie de la gestion. D'ailleurs le gérant a son action contre le tiers.

674. Nonobstant la règle que les intérêts ne courent que du jour de la demande, excepté

dans les cas où la loi les fait courir de plein droit (art. 1153), et le silence du Code sur le point de savoir si les intérêts des sommes déboursées par le gérant lui sont dus à partir du jour de ses avances, nous n'hésitons pas à le penser : il doit être traité à cet égard comme le mandataire ; puisqu'il est soumis aux mêmes obligations, il doit avoir les mêmes droits ; il est tout au moins aussi digne de faveur. D'ailleurs puisque, par l'effet de l'assimilation de ses obligations avec celles du mandataire (article 1372), il se trouve devoir les intérêts des sommes qu'il a touchées dans sa gestion et qu'il a employées pour son usage particulier, et à partir de cet emploi, par la même raison le propriétaire doit être regardé à cet égard comme un mandant ; or un mandant doit au mandataire l'intérêt de ses avances du jour où elles ont eu lieu. (Art. 2001.) La loi à ce sujet doit être égale entre eux : c'est bien le moins. Il ne serait pas juste que le bienfait tournât au détriment de celui qui l'a conféré ; cela serait d'ailleurs contraire au bien général, car on se chargerait bien moins facilement de la gestion des affaires des personnes qui ne peuvent pas les gérer elles-mêmes.

675. Si le gérant a pris quelques engagements en son nom, relatifs à sa gestion, et qui ne soient pas encore exécutés au moment où elle cesse, le propriétaire doit les remplir : s'il ne le fait pas, et que le gérant éprouve des frais, il aura une action en indemnité à ce sujet. (L. 2, ff. *hoc tit.*)

676. Si c'est au nom du propriétaire lui-même que le gérant a contracté relativement à sa gestion, ainsi que le suppose l'art. 1375, le premier doit également remplir ces engagements.

SECTION II.

DU PAYEMENT INDUMENT REÇU.

SOMMAIRE.

677. *Celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû s'oblige à restituer.*

678. *La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ; ce qu'on doit entendre par* obligations naturelles : *renvoi.*

679. *Conditions requises dans le droit romain pour qu'il y eût lieu à la répétition.*

680. *Ce qui a été payé par erreur de fait est sujet à répétition sous le Code, quoiqu'on prétendît qu'il y avait dette naturelle.*

681. *Divers exemples démontrant la proposition.*

682. *Et il en est ainsi du payement fait même par erreur de droit, dans les cas où il n'y avait même pas d'obligation naturelle : renvoi.*

683. *Si, sous le Code, celui qui a livré par erreur un immeuble qu'il ne devait point, et qui a été aliéné par celui qui l'a reçu, a la revendication contre le tiers débiteur : oui.*

684. *Celui, qui par erreur, a payé la dette d'un autre, a également la répétition contre celui auquel il a payé.*

685. *A moins que ce dernier n'ait supprimé son titre de bonne foi, auquel cas il n'y a d'action que contre le véritable débiteur.*

686. *Si les payements faits aux créanciers, par un adjudicataire qui est ensuite évincé, peuvent être répétés contre eux : droit romain sur ce point, et résolution par la négative.*

687. *Ce qui a été payé avant le terme n'est pas sujet à répétition ; mais renvoi quant à la question de savoir si celui qui a payé par erreur ne peut pas réclamer tant que le terme n'est point échu.*

688. *Ce qui est payé par erreur* pendente conditione *peut être répété.*

689. *Controverse parmi les jurisconsultes romains sur le point de savoir si, dans le cas d'une dette alternative au choix du débiteur, et où les deux choses avaient été payées par erreur, le choix, sur la répétition de l'une d'elles appartenait à celui qui avait reçu, ou à celui qui avait payé : tranchée par Justinien en faveur de ce dernier.*

690. *Espèce résolue par les lois romaines, et qui pourrait l'être différemment dans*

notre droit, d'après les circonstances de la cause.

691. *Celui qui a reçu de mauvaise foi doit restituer les fruits ou les intérêts du jour du payement; dans le cas contraire, du jour de la demande.*

692. *Droit romain quant aux fruits.*

693 *La chose doit être restituée en nature, si elle existe : autres accisions.*

694. *Celui qui a reçu de bonne foi ne doit pas souffrir de perte dans ses biens à raison de ce payement : conséquence.*

695. *Conséquence aussi quant aux dépenses par lui faites sur la chose.*

696. *C'est à celui qui répète à prouver, outre le payement, qu'il n'y avait pas de dette, à moins que le défendeur n'ait nié d'abord le payement : renvoi.*

677. Celui qui, par erreur ou sciemment, reçoit ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a reçu (art. 1376), ou au nom duquel il l'a reçu.

En effet, tout payement supposant une dette, ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. (Art. 1235.) L'équité le veut ainsi : car l'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui.

Il naît de ce payement une obligation à l'instar de celle qui naît du prêt de consommation, *mutuum :* comme si celui qui a reçu s'était soumis à restituer ce qu'il a reçu, ainsi qu'est tenu de le faire celui qui a reçu à titre de prêt : *Nam hoc naturâ æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.* (L. 14, ff. *de condict. indebiti.*)

678. Mais la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été *volontairement* acquittées. (Art. 1235.)

Quant à ce qu'on doit entendre par obligations naturelles, il convient de voir ce que nous avons dit au tome X, chap. III, sect. 3, 2e *division des obligations, tirées de leur nature et de la force du lien,* et chap. II, sect. 4, *de la cause des obligations.*

679. Dans le droit romain, il était de principe que, pour qu'il y eût lieu à la répétition de ce qui avait été payé, il fallait le concours de ces deux circonstances : 1° que la chose ne fût pas due, même par simple obligation naturelle; et 2° que le payement eût eu lieu par erreur. En sorte que le payement, quoique fait par erreur, d'une chose qui était réputée due naturellement, n'était pas sujet à répétition; et, *vice versâ,* ce qui avait été livré, remis, compté par celui qui savait qu'il ne le devait pas, ne pouvait non plus être répété, parce que c'était une donation, et non un payement : *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est.* (L. 53, ff. *de regulis juris.*)

Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc condictionem condicere potest : sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio. (L. 1, § 1, ff. *de condict indebiti.*)

Un grand nombre de textes (1) attestent que ce qui avait été payé même par erreur de fait, dans des cas où il y avait une obligation naturelle, n'était pas sujet à la répétition; et cette doctrine a été généralement suivie par nos auteurs.

680. Mais doit-elle l'être sous le Code? C'est ce que nous ne pensons pas. L'article 1235 dit : « La répétition n'a pas lieu à l'égard des obligations naturelles qui ont été *volontairement* » *acquittées.* » Or, si l'obligation naturelle a été acquittée par erreur, on ne peut pas dire qu'elle l'a été *volontairement,* par suite de la volonté de celui qui a payé, et qui aurait ainsi entendu acquitter une obligation naturelle; car rien n'est plus contraire à la volonté que l'erreur : *Non videntur consentire qui errant.* (L. 116, ff. *de regul. jur.*) *Nulla enim voluntas errantis est.* (L. 20, ff. *de aquâ et aquæ pluv. arcend.*) *Quid enim tàm contrarium consensui quàm error?* (L. 15, ff. *de jurisdict.*) Et le Code interdisant seulement la répétition des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées, on doit dire qu'il admet la répétition de celles de ces obligations qui n'ont pas été acquittées volontairement, mais par erreur : autrement ce mot *volontairement* serait déplacé dans la loi,

(1) LL. 13, 19, 26, § 12; 38, §§ 1 et 2; et 64, ff. *de condict. indeb.;* 10, ff. *de oblig. et act.,* et 38, ff. *de fideicom. libert.*

puisque l'effet serait le même dans un cas comme dans l'autre.

Mais, loin de là, le Code a voulu donner à la volonté un effet qu'il a pu raisonnablement refuser à l'erreur : il a dû s'opposer à ce qu'une personne qui a jugé à propos d'accomplir un devoir de conscience et d'honneur, en acquittant sciemment une obligation naturelle, pût venir ensuite abjurer un semblable sentiment; mais il n'avait pas les mêmes raisons pour décider que celui qui n'a pas eu la même intention serait cependant traité de la même manière, quand il ne se regardait peut-être pas comme naturellement obligé. Il était le premier juge du point de savoir s'il y avait une obligation de cette sorte, puisqu'on ne pouvait pas en exiger de lui le payement : or il n'a point porté de jugement à cet égard, vu que, on le suppose, il a payé par erreur de fait, *per ignoratiam.*

Dans le droit romain, les obligations naturelles étaient de véritables obligations, qui produisaient tous les effets des obligations ordinaires, excepté l'action (1); et elles étaient fort nombreuses, puisque, en général, les pactes ne produisaient que des obligations naturelles, que les promesses des esclaves envers leurs maîtres, et même envers des tiers, et des maîtres envers leurs esclaves, des fils de famille envers leur père, ou du père envers son fils, étaient pareillement des obligations naturelles (2). Il n'était donc pas étonnant que l'acquittement de ces obligations, même par erreur, ne donnât pas lieu à la répétition. Mais chez nous, les obligations naturelles sont bien plus rares : leurs causes ne sont point déterminées par la loi, comme elles l'étaient généralement dans la législation romaine : c'est une affaire de conscience; et si les rédacteurs du Code n'ont pas voulu, et avec raison, que celui qui avait cru devoir obéir à sa conscience vînt ensuite la démentir, ils ont bien pu vouloir aussi, et telle paraît avoir été leur intention, que celui qui n'a pas songé à remplir un semblable devoir, mais qui a payé au contraire par erreur ce qu'on ne pouvait exiger de lui, pût le répéter.

L'art. 1338 vient encore à l'appui de cette opinion : il regarde comme une confirmation parfaite l'exécution volontaire d'une obligation sujette à annulation ou à rescision, obligation qui, souvent, est une obligation naturelle; mais lorsque la confirmation a lieu par acte, alors il exige, pour que la partie ne confirme qu'en connaissance de cause, que cet acte contienne la substance de l'obligation confirmée, la mention du motif de l'action en rescision ou en nullité, et l'intention de la partie de réparer le vice sur lequel cette action était fondée : ce qui prouve bien que la loi n'a voulu avoir égard qu'aux faits et aux actes qui ont eu lieu avec connaissance de cause, et non à ce qui serait seulement le résultat de l'erreur.

681. Ainsi, supposons qu'un débiteur failli ait fait avec ses créanciers un concordat par lequel ceux-ci lui ont fait remise de 50 pour cent sur le montant de leurs créances; que ce débiteur ou son héritier, croyant devoir à l'un d'eux une somme de 15,000 francs, tandis que d'après la réduction opérée par le concordat, il ne lui devait plus que 12,000 francs seulement, lui ait payé 15,000 francs par suite d'une erreur de fait : suivant le droit romain, il n'eût pu répéter les 3,000 francs d'excédant, attendu qu'il y avait dette naturelle, la remise n'ayant pas été faite volontairement, mais pour tirer un meilleur parti des créances, en laissant le débiteur à la tête de ses affaires, pour les rétablir. Chez nous aussi il y a certainement dette naturelle en pareil cas, et cela est si vrai que la caution, ainsi que nous l'avons dit précédemment, ne profite pas du concordat (3); ce qui suppose bien évidemment qu'il y a encore dette naturelle pour la partie remise. Et cependant nul doute que le débiteur ne pût répéter les 3,000 francs qu'il a payés par erreur en sus de la somme à laquelle sa dette avait été réduite par l'effet du concordat : aussi la compensation ne peut lui être opposée pour la partie remise par le créancier devenu ensuite son débiteur (4).

Dans le système de ceux qui pensent que les

(1) *V.* tome X, nº 35.
(2) *V.* tome X, nºs 36 et suivants.
(3) *V.* tome X, nº 540, et tome XII, nº 376.
(4) *V.* tome XII, nº 402.

dettes de jeu défendu, et même de gros jeu, sont des dettes naturelles (1), il faudrait décider que le payement d'une dette de cette sorte, quoique fait par erreur de fait, ne devrait pas être sujet à répétition, si l'on devait admettre que le payement d'une dette naturelle n'y est pas sujet, soit qu'il ait eu lieu par erreur de fait, soit qu'il ait eu lieu volontairement; et c'est ce qui ne peut pas être soutenu sérieusement d'après le Code. Supposez, en effet, que je paye un billet de mon auteur, qu'il avait souscrit pour une dette de jeu, ce que j'ignorais, et qu'ensuite je découvre des lettres de celui à qui j'ai fait le payement, par lesquelles il lui avait demandé la somme que mon auteur lui devait à ce titre, des lettres qui ne laissent aucun doute sur la nature de la dette; d'ailleurs il l'avoue. Or, dans ce cas, et en admettant qu'il y avait dette naturelle, la répétition, selon nous, devrait avoir lieu; tandis qu'elle n'aurait pas lieu assurément si le payement avait été fait en connaissance de cause, puisque le perdant ne peut répéter ce qu'il a *volontairement* payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie (art. 1967), et qu'il en doit être de même, par conséquent, de son représentant. Mais, dans l'espèce, il y a lieu à la répétition, parce que la dette de jeu ne produisait pas d'action (art. 1965); parce que le perdant, et son héritier par conséquent, avait une exception péremptoire pour faire rejeter *de plano* la demande qui aurait été formée contre lui; or, même d'après les lois romaines, celui qui avait une exception péremptoire à opposer, et qui a payé par erreur, a l'action en répétition, attendu que dans ce cas l'obligation n'existait que *nomine tenùs*. (L. 26, § 3; L. 40, *princip.*, et L. 54, ff. *de condict. indeb.*)

682. Quant à la question de savoir si le payement fait par erreur de droit, d'une chose qui n'était pas due même naturellement, est sujet à répétition, nous l'avons décidée précédemment par l'affirmative, en traitant *de l'erreur*, tome X, nos 127 et suivants, où nous citons un arrêt de cassation du 24 janvier 1827 (2), qui a confirmé notre opinion sur cette question tant controversée (3).

Mais s'il y avait dette naturelle, le payement fait par erreur de droit ne serait point sujet à répétition (4).

683. Il est une autre question également importante, celle de savoir si celui qui a livré par erreur un immeuble qui a été ensuite vendu ou donné par celui auquel il l'avait livré, peut, lorsqu'il a découvert son erreur, le revendiquer dans les mains du tiers? Par exemple, mon oncle, dont je suis héritier, vous avait légué par son testament tel immeuble : vous vous êtes fait saisir par moi de ce legs, ce qui n'a souffert aucune difficulté, et vous avez vendu ou donné l'immeuble à Paul. Postérieurement j'ai découvert un testament olographe d'une date postérieure, qui révoquait votre legs (5). Ai-je la revendication contre Paul, surtout dans le cas où il aurait acquis la chose à titre gratuit?

Empressons-nous de dire que je ne l'aurais pas eue dans le droit romain, ni dans l'ancienne jurisprudence, ainsi que le dit Pothier dans son Traité du *Pro mutuum*, ou du payement de l'indû. Les lois romaines n'accordaient à celui qui avait payé par erreur ce qu'il ne devait pas, que ce fût un immeuble ou un meuble, n'importe, qu'une simple action personnelle *condictio indebiti* contre celui qui avait reçu la chose, et contre son héritier, mais non la revendication contre les tiers. Dans les titres du Digeste et du Code sur cette matière, il n'est question que de la *condiction ;* or les *condictions* étaient des actions seulement personnelles.

La raison de cela tenait à ce que, bien que celui qui avait payé se fût trompé sur la *cause* pour laquelle il croyait payer, néanmoins son

(1) Ce n'est pas notre opinion, quand il s'agit de *gros jeu*. *V*. ce que nous avons dit à ce sujet au tome X, no 370, où nous expliquons le véritable motif pour lequel la répétition de ce qui a été payé volontairement est interdite, s'il n'y a eu ni escroquerie ni supercherie.

(2) Sirey, 27, 1, 350.

(3) * *V*. dans ce sens, Brux., 27 décembre 1828; J. du 19e s., 1829, 184.

(4) *V*. aussi ce qui a été dit tome X, no 128.

(5) Dans le droit romain, il y avait lieu à l'action en répétition dans ce cas et autres semblables (L. 2, ff. *de condict. indeb.*), mais cette action était du nombre des actions dites *personnelles*.

consentement à l'effet de transférer la propriété, lorsqu'il payait, n'était pas douteux, puisque celui qui paye veut évidemment rendre le créancier propriétaire de la chose payée. L'erreur ne tombait donc que sur la *cause* de la tradition, et non sur l'*objet* même de cette tradition. Aussi, si elle fût tombée sur l'objet qui avait été livré, elle eût empêché la translation de la propriété, et en conséquence, celui qui eût fait cette tradition aurait eu la revendication proprement dite contre tout détenteur quelconque de l'objet livré.

C'est ainsi que, d'après la loi 35, ff. *de acquirendo rerum dominio,* le mandataire ou le tuteur qui livre à quelqu'un sa propre chose, croyant livrer celle du mandant ou du pupille, n'en transfère point la propriété : il en demeure toujours maître : *Si procurator meus vel tutor pupilli, rem suam, quasi meam, vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.*

Mais c'était le contraire dans le cas du payement, fait par erreur, d'une chose qui n'était pas due; l'erreur ne tombant point sur la chose même qui était livrée, mais seulement sur la cause en raison de laquelle elle l'était, les jurisconsultes romains avaient vu, dans celui qui avait payé, la volonté de conférer la propriété de l'objet; et dans celui qui avait reçu, la volonté de l'acquérir; et cela leur avait paru suffisant pour opérer la translation du domaine, et éteindre toute revendication. Seulement, comme il eût été contraire à l'équité que celui qui avait reçu indûment s'enrichît aux dépens de celui qui avait fait ce payement par erreur (1), ils donnaient à ce dernier une action personnelle pour répéter la chose, *condictio indebiti,* afin que le défendeur l'en rendît à son tour propriétaire; mais point d'action contre les tiers détenteurs. Et les hypothèques, les droits d'usufruit, ou autres, établis par celui qui avait reçu la chose non due, étaient par conséquent maintenus. Tel était le système des lois romaines sur cette matière, et nos auteurs l'ont toujours suivi. La question est de savoir s'il doit être adopté sous le Code.

(1) L. 14, ff. *hoc tit.*

D'abord, nous ne craignons pas de dire que cette distinction, entre le cas où, croyant faussement vous devoir un fonds, par exemple, je vous le livre, et le cas où, croyant vous livrer la chose de mon pupille, je vous livre la mienne, n'était fondée que sur une pure subtilité. Car la volonté du maître de la chose, d'en conférer la propriété à l'autre partie, n'existait pas plus dans un cas que dans l'autre avec ce qui doit être nécessaire pour que cette tradition dût être efficace : or, dès qu'il n'y avait pas de cause au payement, ce payement n'en était en réalité pas un, ce n'était un payement que *nomine tenùs,* puisque tout payement suppose une dette, d'après les lois romaines elles-mêmes. C'était donc une tradition faite sans cause, sans motif, par conséquent, *nuda traditio;* eh bien! dans le droit romain lui-même, une tradition nue n'opérait point la translation de propriété : *nunquam nuda traditio transfert dominium*, dit Paul dans la loi 31, ff. *de acquir. rerum domin.;* SED ITA SI VENDITIO, AUT ALIQUA JUSTA CAUSA PRÆCESSERIT PROPTER QUAM TRADITIO SEQUERETUR. Or il n'y avait pas de *justa causa* dans le payement d'une chose qui n'était pas due; il n'y avait qu'une *opinion,* une *erreur*, et c'est sur cette *opinion* que roulait ce système : la fiction produisait ici le même effet que la vérité; et cela n'aurait pas dû être ainsi.

Mais, dira-t-on, les tiers ne devaient pas souffrir de cette erreur... : soit; toutefois, répondrons-nous de notre côté, ils auraient bien pu en souffrir, si celui auquel j'avais livré ma chose croyant livrer celle de mon pupille, l'avait vendue et livrée, puisque j'aurais eu la revendication contre l'acheteur. Aussi n'était-ce pas cette considération qui avait déterminé les jurisconsultes romains.

Quoi qu'il en soit, la question est infiniment grave sous le Code.

D'après l'art. 2125, qui ne distingue pas entre les causes qui peuvent opérer la résolution du droit de celui qui a consenti des hypothèques sur un immeuble dont il est ensuite évincé, il paraîtrait bien difficile de maintenir celles qu'aurait établies sur l'immeuble livré indûment celui qui l'a reçu.

Il paraîtrait aussi bien difficile de soutenir que son acquéreur, qui n'a point encore pres-

crit la propriété doit néanmoins être considéré comme propriétaire; car, d'après l'article 2182, le vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits qu'il avait sur la chose vendue Or, il n'en avait que de résolubles.

Mais, objectera-t-on d'après les lois romaines, le vendeur, dans l'espèce, était propriétaire, ce qui rend inapplicable cet article, et même le premier cité.

A cela on répond par le nouveau principe, que la propriété est aujourd'hui transférée par l'effet de l'obligation seule : « L'obligation de » livrer la chose est parfaite par le seul con- » sentement des parties contractantes. Elle » rend le créancier propriétaire, dès l'instant » où elle a dû être livrée (art. 1138); » or, il y a avait, pour celui qui a reçu la chose qui ne lui était pas due, *obligation de la restituer* dès l'instant où il l'a reçue. (Art. 1376.)

Dira-t-on que cet article statue sur le cas d'un *contrat,* ce qu'indiquent ces mots *parties contractantes,* ainsi que le titre sous lequel il est placé, tandis que nous raisonnons dans l'espèce d'un quasi-contrat? Mais, d'abord, que devrait faire cette différence quant à la question? Rien du tout; car, qu'importe que dans un cas ce soit en vertu d'un contrat que la chose doive être livrée, et que dans l'autre ce soit à raison d'un quasi-contrat qu'elle doive être restituée? Dans l'un comme dans l'autre, il y a *obligation*, et s'il y avait une différence à faire, elle devrait être à l'avantage de celui à qui la chose est due à raison du quasi-contrat, parce que la propriété devrait se retenir encore plus facilement que s'acquérir. D'ailleurs l'art. 711 dit d'une manière générale que *la propriété s'acquiert par l'effet des obligations :* donc, en recevant mal à propos l'immeuble, celui auquel il a été livré a contracté l'obligation de le restituer, à l'instant même où, d'après le droit romain, il en est devenu propriétaire; donc il n'a pu en transmettre la propriété à un autre, parce que personne ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a.

La plus forte objection que l'on puisse faire est puisée dans l'art. 1380, qui porte que si celui qui a reçu de bonne foi la chose, l'a vendue, il ne doit restituer que le prix qu'il a reçu; et cela paraît s'appliquer au cas où c'était un immeuble, comme au cas où c'était un meuble, puisque dans l'article précédent on suppose l'un et l'autre : or, dira-t-on, si celui qui a payé indûment pouvait revendiquer l'immeuble qu'il a livré, c'est le parti qu'il prendrait, plutôt que de recevoir seulement le prix de la vente, si ce prix était inférieur à la valeur de l'immeuble; dès lors inutilité de dire que celui qui a reçu de bonne foi ne doit rendre que ce même prix.

On peut toutefois répondre que cela était utile à dire pour les cas les plus ordinaires, ceux où c'est une chose mobilière qui a été payée par erreur, chose qui ne pourrait pas être revendiquée dans la main d'un tiers, à cause de la règle *en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279); et cependant il n'eût pas été juste que celui qui l'avait reçue et vendue ensuite de bonne foi, fût obligé de restituer au delà de ce qu'il en avait retiré. Ensuite, dans le cas même où ce serait un immeuble, il serait possible que le tiers en eût prescrit la propriété par dix ans entre présents et vingt ans entre absents au moment où l'erreur viendrait à être découverte, et il fallait bien régler aussi, dans ce cas, ce que pouvait demander celui qui avait payé mal à propos, à celui qui avait reçu l'immeuble. Enfin, il serait possible aussi que le tiers n'eût point prescrit, et que celui qui a livré indûment l'immeuble ne voulût pas le revendiquer, parce que cet immeuble se trouverait avoir subi de notables changements; qu'il aimât mieux en demander l'estimation; et, dans ce cas aussi, si fallait bien régler le recours.

Dans le système contraire, on devrait aussi décider, et par les mêmes motifs, que celui qui a admis mal à propos au partage d'une succession quelqu'un qu'il croyait parent légitime du défunt, tandis qu'il ne l'était pas, n'a point d'action contre les tiers auxquels ce copartageant a vendu les biens que le véritable héritier lui a relâchés par erreur; et néanmoins, la cour de Douai, dans un cas où un semblable partage avait eu lieu même par erreur de droit, et où les biens avaient aussi été aliénés, a accueilli la revendication contre les tiers acquéreurs. Nous citons l'espèce de cet arrêt au tome Ier, n° 576.

Au surplus, nous avouerons que la question est délicate, mais nous inclinons néanmoins à la revendication : nous croyons que dans les cas de payement d'immeuble par suite d'erreur, il y a lieu à la revendication contre les tiers acquéreurs tant que ceux-ci n'ont pas prescrit la propriété; qu'il n'y a aucune différence à faire, dans le droit actuel, entre le cas où c'est par forme de payement que l'immenble a été livré sans être dû, et le cas où il l'a été en exécution d'un acte entaché d'erreur; que cela est surtout particulièrement vrai dans le cas où le tiers aurait reçu l'immeuble à titre gratuit; mais que dans le cas où ce serait à titre onéreux, et par suite de payement fait par erreur, celui qui a mal à propos payé devrait indemniser celui qui a reçu de bonne foi et qui a ensuite aliéné l'immeuble, de tout ce que ce dernier serait tenu de rembourser à son acquéreur évincé, en sus du prix convenu. On se conformerait ainsi à l'esprit de l'art. 1380, qui ne veut pas que celui qui a reçu de bonne foi, et qui a vendu la chose, soit exposé à perdre du sien.

684. Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté la dette d'un autre, elle a aussi la répétition contre le créancier (art. 1377), comme celui qui a payé par erreur une chose qui n'était due par personne. Telle était la disposition des lois romaines. (L. 19, § 1, ff. *de condict. indeb.*) Dans l'espèce de cette loi, quelqu'un, qui se croyait héritier de Titius, avait payé au créancier de celui-ci, et il avait ensuite été évincé de la succession. Le jurisconsulte Pomponius dit que le véritable héritier n'est point libéré (parce que le payement n'a pas été fait en son nom), et que celui qui a payé peut répéter, parce que ce n'était pas sa dette : *Quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat, non debitum dat, repetitio competit.* On trouve une semblable décision dans la loi 65, § 9, au même titre, et la loi 44, *eod. tit.* : *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quàm vero debitore solutum est* (1), n'est pas contraire. Car ce texte doit être entendu du cas où celui qui a payé la dette d'un autre l'a payée au nom du débiteur. Cette interprétation est d'autant plus naturelle, que ce texte est du jurisconsulte Paul, auteur aussi de la loi 65 ci-dessus : ce qui ne permet pas de croire qu'il y a antinomie. On donne aussi une autre interprétation, mais il est inutile de l'exposer ici.

685. Néanmoins, le droit de répétition cesse lorsque le créancier a supprimé son titre par suite du payement qui lui a été fait par le tiers, sauf le recours de celui-ci contre le véritable débiteur (même article 1377); ce qui doit toutefois être entendu du cas où le créancier a supprimé de bonne foi son titre; car, s'il eût su que celui qui lui a fait le payement par erreur n'était point son débiteur, et s'il ne l'avait point averti, sa mauvaise foi le rendrait indigne du bénéfice de l'exception introduite en sa faveur. Cette exception n'est fondée que sur la bonne foi, et non sur la fraude: or, il y aurait fraude dans ce cas, lors même qu'il n'aurait employé aucune manœuvre pour faire accroire au tiers que c'était sa dette. Cette dissimulation est un véritable dol : il s'est conduit comme créancier de celui qui le payait, et il prenait ainsi une qualité qu'il n'avait pas à son égard.

L'on doit assimiler au créancier qui a supprimé son titre par suite du payement fait par un tiers, le créancier qui pour la même cause a négligé de poursuivre son véritable débiteur, dans le cas où la dette se trouverait prescrite au moment où le tiers viendrait exercer contre lui la répétition. C'est là aussi une véritable suppression de titre, si ce n'est pas celle de l'acte *instrumentum.*

686. Il se présente sur cet article une question importante, celle de savoir si, dans le cas d'une expropriation forcée, l'adjudicataire vient à être évincé par un tiers (2), il a l'action en répétition de son prix contre les créanciers auxquels il l'a payé.

(1) *V.* toutefois la loi 5 au Code, *de petitione hereditatis*, et la conciliation que donnent les professeurs de Louvain. Recitationes *ad Pandectas*, tit. *de condict. indebiti*, § 11.

(2) Car l'adjudication ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux qu'avait le saisi. (Art. 731, Code de procédure.)

Dans le droit romain, on décidait que le créancier qui avait fait vendre les biens qui lui étaient engagés, n'était point soumis à l'action de l'acquéreur, qui venait à être évincé, à moins qu'il n'eût promis la garantie, ou qu'il ne fût de mauvaise foi, sachant que la chose n'appartenait pas à son débiteur. (LL. 1 et 2 Cod., *creditorem evictionem pignoris non debere.*)

En effet, le créancier, en faisant vendre le gage, agissait en vertu du pouvoir que lui en avait donné le débiteur, pour le cas où celui-ci ne payerait pas sa dette ; et c'était en réalité ce dernier qui était le vendeur. Le créancier ne contractait donc aucune obligation personnelle, sauf celle qui serait résultée d'une promesse de sa part, ou de son dol.

Et l'on entendait par là que le créancier ne devait pas même à l'acquéreur évincé la restitution du prix que celui-ci lui avait payé *propter pignus.* La raison de cela tenait à ce que l'acquéreur ne devait en réalité son prix qu'à celui dont il était censé recevoir la chose; et en le payant au créancier, il le payait *nomine debitoris;* or, celui qui paye au nom d'un autre ne peut pas répéter du créancier, qui n'a reçu que ce qui lui était dû; car, comme le dit la loi 44, ff. *de condict. indeb.*, citée plus haut, *nulla est repetitio ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quàm vero debitore solutum est.*

C'est comme si l'acquérenr eût payé au débiteur lui-même, et que celui-ci eût remis ensuite les deniers au créancier pour se libérer envers lui : or, assurément dans cette hypothèse, l'acquéreur n'eût pu les réclamer de ce dernier; car en les payant au débiteur, il en eût conféré à celui-ci la propriété, et le débiteur, en les payant à son créancier, en eût également rendu celui-ci propriétaire. En effet, celui qui a reçu de son débiteur le montant de sa créance en deniers provenant d'une chose vendue par ce dernier, et dont l'acquéreur a ensuite été évincé, n'a jamais été forcé de restituer à cet acquéreur les espèces que celui-ci avait payées pour son prix à son vendeur; et à plus forte raison cela ne pourrait-il être prétendu dans notre droit, où, en fait de meubles, la possession vaut titre.

On objectera sans doute que le créancier ne devait faire vendre que les biens qui appartenaient à son débiteur; qu'il est en faute d'avoir poursuivi l'expropriation d'un immeuble qui était à autrui ; qu'il doit, d'après cela, réparer le préjudice qu'il a causé à l'adjudicataire ; qu'il y a engagement tacite de sa part, que l'adjudicataire, qui s'oblige à lui payer le prix de l'adjudication, aura une adjudication qui lui transfère réellement la propriété de l'immeuble; que c'est la condition sous laquelle seulement il entend payer son prix, et que cette condition manquant, le prix se trouve avoir été compté à ce créancier *sine causâ, seu causâ datâ, causâ non secutâ.*

On vient de voir que ce n'était point ainsi que l'on considérait la chose dans le droit romain ; et, effectivement, ce serait une erreur que de croire que le créancier qui poursuit de bonne foi l'expropriation de biens possédés par son débiteur, contracte lui-même, pour ce seul fait, des obligations envers les adjudicataires ; il ne fait qu'exécuter le mandat tacitement convenu entre tout débiteur et son créancier, que si le premier ne remplit pas ses engagements, le second pourra faire vendre ses biens. Mais, en réalité, c'est le débiteur exproprié qui est le vendeur, et c'est lui qui doit la garantie aux adjudicataires, s'ils viennent à être évincés, puisque leurs deniers l'ont libéré envers ses créanciers. C'est même à lui que ces deniers sont censés avoir été comptés; car, s'ils l'ont été en réalité aux créanciers, ceux-ci sont censés les avoir touchés en vertu de son mandat. Il n'y a donc pas lieu à la répétition contre eux, mais seulement à l'action en garantie contre le débiteur.

Cependant, nous devons dire que cette opinion n'est point partagée unanimement par les auteurs modernes, et nous avouerons franchement que la question est délicate. M. Tarrible, dans l'article *expropriation,* au Répertoire de M. Merlin, admet la répétition, en faveur de l'adjudicataire évincé, contre les créanciers, sous la limitation toutefois de la seconde partie de l'article 1377, c'est-à-dire du cas où le créancier aurait supprimé son titre.

687. Ce qui a été payé avant le terme, étant dû, n'est pas sujet à répétition. (Art. 1186.)

Mais quant à la question de savoir si celui qui a payé par erreur avant le terme, peut obliger le créancier de lui rendre la somme, à la charge par le débiteur de rétablir les mêmes sûretés, ou de lui payer l'intérêt à partir de la demande jusqu'au jour qui avait été fixé pour le payement, au choix du créancier (1), voyez ce que nous avons dit au tome XI, n° 113, où nous résolvons cette question par l'affirmative.

688. Si la dette était suspendue par une condition, celui qui l'a payée par erreur pourrait répéter tant que la condition ne serait pas accomplie; car jusqu'alors il n'y aurait pas à proprement parler de dette : *tantùm spes debitum iri.* (L. 16, *princip.*, ff. *hoc tit.*)

Le droit romain refusait toutefois la répétition lorsque la condition était de nature à devoir nécessairement s'accomplir : par exemple dans le cas de la condition *cùm moriar dare promisero.* (LL. 17 et 18, ff. *hoc tit.*) Mais c'est parce que la condition, dans ce cas, n'en avait que le nom; c'était en réalité un terme.

Cependant comme elle était condition proprement dite dans les legs (2), attendu que le légataire pouvait venir à mourir avant la personne à laquelle elle s'appliquait, le legs fait sous une semblable condition, et qui avait été payé par erreur avant qu'elle fût accomplie, était sujet à répétition tant qu'elle ne l'était pas. Dans l'espèce de la novation conditionnelle d'une dette pure et simple, entre les mêmes parties, le payement fait par erreur, *pendente conditione,* n'était point sujet à répétition, suivant le jurisconsulte Paul, mais il l'était suivant d'autres jurisconsultes. (L. 60, § 1, ff. *hoc tit.*) On était au surplus généralement d'accord qu'il l'était, si la novation eût eu lieu par l'intervention d'un nouveau débiteur. (*Ibid.*) Et quant au premier cas; voyez ce que nous avons dit sur la novation conditionnelle entre les mêmes parties, au tome précédent, n°s 296 et suivants : la question relative au payement doit se résoudre d'après les distinctions que nous y faisons.

689. Dans le cas d'une dette alternative au choix du débiteur, et où celui-ci, par erreur, les avait payées toutes deux, les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si, sur la répétition de l'une d'elles, le choix lui appartenait, ou s'il n'appartenait pas plutôt à celui qui avait reçu, et qui par là était devenu débiteur à son tour. Ulpien, Marcellus et Celse l'attribuaient à ce dernier, et par ce motif (3) ; mais Papinien, dont Justinien a suivi le sentiment, disait avec raison, que pour que le payement ne nuisît en rien à celui qui l'avait fait, il fallait qu'il eût le choix comme auparavant. (L. 10, Cod. *de condict. indeb.*)

690. Si, croyant devoir 20,000 fr., lorsque je n'en devais que 10,000, j'ai donné en payement un fonds valant 20,000 fr., Ulpien, d'après Marcellus, dit, dans la loi 26, § 4, ff. *hoc tit.*, que je puis répéter le fonds, à la charge de payer les 10,000 fr. que je devais; que le créancier ne peut pas prétendre que le fonds doit être commun, attendu que je ne puis être contraint à me trouver en communauté malgré moi : *nemo enim invitus compellitur ad communionem.* Nous pensons que la question, dans notre droit, dépendrait beaucoup des circonstances, dans le cas où le créancier aurait reçu le fonds de bonne foi; et que, même dans ce cas, il pourrait être admis, si le débiteur ne voulait pas de la communauté, à garder le fonds en entier, à la charge de payer de suite les 10,000 fr. en sus de ceux qui étaient dus. L'objection tirée de ce que le débiteur ne se serait peut-être pas défait de son fonds s'il eût su ne devoir que 10,000 fr. au lieu de 20,000, n'est sans doute pas sans quelque poids, mais d'autres considérations peuvent la contre-balancer puissamment. Du reste, nous ne pensons pas

(1) Nous donnons le choix au créancier, parce qu'il peut avoir employé la somme, et qu'il ne serait pas juste de l'obliger à emprunter; encore cette décision devrait-elle recevoir exception dans le cas où il serait prouvé qu'il a reçu de mauvaise foi, avant le terme, sans prévenir le débiteur.

(2) *V.* ce que nous avons dit à ce sujet, dans ce cas, au tome IX, n° 292.

(3) *V.* la loi 26, § 13, ff. *de condict. indeb.*

que le créancier, en offrant ces 10,000 fr., fût fondé à garder tout le fonds, dans le cas où le débiteur consentirait à la communauté. Assurément il n'y aurait pas été autorisé dans le droit romain.

691. S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer tant le capital que les intérêts et les fruits du jour du payement. (Art. 1378.)

Par conséquent, dans le cas où il est de bonne foi, il n'est tenu des fruits et des intérêts que du jour de la demande en restitution.

Et cette restitution doit se faire non-seulement à celui qui a payé lui-même, mais encore à celui qui a payé par le ministère d'un mandataire. (L. 57, ff. *hoc tit.*)

692. Dans le droit romain, celui qui avait reçu, même de bonne foi, restituait les fruits qu'il avait perçus, sous la déduction toutefois des impenses. (LL. 15 et 65, § 5, ff. *hoc tit.*) Cela tenait à ce qu'il ne devait en aucune façon s'enrichir à raison de cette chose ; car, en réalité, c'eût été s'enrichir aux dépens de celui qui la lui avait payée par erreur. Cependant il n'eût pas dû l'intérêt de la somme reçue de bonne foi, même dans le cas où il l'aurait eu placée à intérêt ; vu que les intérêts ne sont pas produits par l'argent lui-même : ils viennent de la stipulation que l'on fait, *occasione pecuniæ.* D'ailleurs le placement était à ses risques. Il en était autrement lorsqu'il était de mauvaise foi ; mais alors c'était à un autre titre qu'il devait les intérêts, c'était à titre de dommages-intérêts.

693. Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue est obligé à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute (1) ; il est même garant de la perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi. (Art. 1379.)

Il est traité comme l'est le voleur dans l'article 1302 ; mais aussi, d'après ce que nous avons dit sur ce dernier (2), et *à fortiori*, si la chose eût dû également périr chez celui qui l'a livrée, comme la mauvaise foi de l'autre partie ne lui aurait réellement causé aucun tort, et que les dommages-intérêts ne sont que la compensation du préjudice que l'on a éprouvé et du gain dont on a été privé (art. 1149), nous n'hésitons pas à penser qu'il n'en serait pas dû dans ce cas : ce serait réellement s'enrichir aux dépens d'autrui.

694. Et puisque c'est sur l'équité qu'est fondée cette action, l'équité d'un autre côté, veut aussi que celui qui a reçu de bonne foi la chose, et qui ne s'en trouve pas plus riche au temps de la demande en restitution, n'ait rien à restituer. Voilà pourquoi, dans le droit romain, lorsque c'était un esclave qui avait été payé indûment, et que celui qui l'avait reçu de bonne foi l'avait affranchi, il n'y avait plus d'action. (L. 65, § 8, ff. *hoc tit.*) Et s'il l'eût vendu, il n'était obligé de restituer que le prix qu'il en avait retiré. (L. 26, § 12, *eod. tit.*) C'est aussi ce que décide formellement le Code. (Article 1380.) S'il n'était pas encore payé du prix au moment où la répétition était exercée, il pouvait se libérer en cédant son action sur l'acheteur ; et il en serait incontestablement de même dans notre droit. (Art. 1303 et 1379 combinés.)

695. Celui auquel la chose est restituée, doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose (art. 1381) ; car on ne doit pas non plus s'enrichir à ses dépens.

En général, on n'appelle guère, en droit, dépenses *utiles*, celles qui ont été faites pour la *conservation* de la chose ; on les appelle dépenses *nécessaires* ; et le montant en est dû à celui qui les a faites, quel qu'il soit, pourvu

(1) Ainsi on ne lui applique pas la règle *qui rem quasi suam neglexit, nulli culpæ subjicitur,* comme on l'applique à l'acheteur évincé, dans le cas prévu à l'art. 1631. Du reste, la diminution de valeur résultant d'une simple négligence de la part de celui qui a reçu de bonne foi la chose, ne le soumettrait pas à des dommages-intérêts : il ne doit pas souffrir de ce payement. La loi le rend responsable seulement de sa faute ; ce qui s'estime, par conséquent, d'après les circonstances de la cause.

(2) Tome précédent, n° 506.

qu'il n'ait pas dépensé au delà de ce qu'exigeaient les besoins de la chose: autrement l'excédant ne pourrait être rangé parmi les *dépenses nécessaires.*

Quant aux dépenses simplement utiles ou d'*amélioration,* il faut distinguer entre le cas où celui qui a reçu la chose, l'a reçue de bonne foi, et le cas où il l'a reçue de mauvaise foi. Dans la première hypothèse, on doit l'indemniser du montant de ses déboursés, et non pas seulement lui rembourser la plus value de la chose : *inter errantem et patientem nulla est dubitatio.* On peut, pour le décider ainsi, tirer argument de l'art. 1634, suivant lequel le vendeur est tenu de faire faire raison à l'acheteur évincé, par celui qui l'évince, de toutes les réparations et améliorations utiles que cet acheteur a faites au fonds; et comme le propriétaire n'est obligé lui-même d'en faire raison au possesseur que jusqu'à concurrence de la plus value qu'en a éprouvé le fonds (art. 555), c'est au vendeur à faire raison du surplus, s'il y en a. Les frais d'enregistrement et autres frais de payement devraient également être remboursés à celui qui a reçu la chose de bonne foi. Mais quant aux dépenses voluptuaires ou d'agrément qu'il aurait faites sur un immeuble livré indûment, il n'y aurait pas lieu de lui en rembourser le montant, si ce n'est toutefois jusqu'à concurrence de ce qu'elles auraient réellement procuré de plus value au fonds; car alors elles rentreraient dans les dépenses utiles ou d'amélioration : mais le surplus ne lui serait pas dû, puisqu'un vendeur lui-même ne doit pas supporter ces sortes de dépenses, s'il a vendu de bonne loi le fonds d'autrui. (Art. 1635, *è contrario.*) Il les a faites pour son seul agrément.

Et si celui qui a reçu la chose était de mauvaise foi, nous croyons que l'autre partie serait en droit de l'obliger à enlever ses constructions et plantations, et à ses frais, ou de les retenir; mais alors à la charge de lui payer le prix de la main-d'œuvre et des matériaux, sans égard à la plus value qui a pu en résulter pour le fonds. L'art. 555, dans sa première partie, est applicable aussi à ce cas; car celui qui a reçu l'immeuble est bien un possesseur de mauvaise foi.

696. Enfin, si le payement n'est pas nié, comme tout payement suppose une dette (article 1235), c'est à celui qui agit en répétition à prouver qu'il a payé sans cause; qu'il n'y avait pas de dette, qu'il l'a fait par erreur, et non *animo donandi.* Mais si le payement est nié, et que celui qui réclame le prouve, alors c'est à l'autre partie à établir, de son côté, qu'il lui a été fait pour une juste cause. (L. 25, ff. *de probat.*)

C'est ce que nous avons déjà dit, au tome précédent, n°s 11 et suivants.

CHAPITRE II.

DES DÉLITS ET QUASI-DÉLITS.

SECTION PREMIÈRE.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

Observations préliminaires.

697. *Les délits et quasi-délits ne sont considérés, dans le Code civil, que seulement sous le rapport des dommages-intérêts, ou réparations civiles.*

698. *Le mot* délits *y est pris dans un sens générique; il comprend aussi les crimes.*

699. *Ce qu'on entend par* délit *et* quasi-délit.

700. *Principe général en cette matière.*

701. *A qui appartient l'action publique.*

702. *A qui appartient l'action civile.*

703. *L'action publique s'éteint par la mort du prévenu, mais l'action civile a lieu contre ses héritiers : l'une et l'autre s'éteignent par la prescription.*

704. *L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique : elle peut l'être aussi séparément devant les tribunaux civils tant que l'action publique n'est point exercée.*

705. *Quand la partie lésée qui s'est portée partie civile sur l'action publique, doit former sa demande en dommages-intérêts; et cas où elle ne s'est point portée partie civile.*

706. *La renonciation à l'action civile ne préjudicie en rien à l'action publique.*

707. *Comment doit s'entendre la disposition de l'art. 2 du Code d'instruction criminelle, qui déclare l'action civile prescrite en même temps que l'action publique : distinctions à faire à raison des cas dans lesquels a lieu le délit ou quasi-délit.*

697. On ne considère ici les délits et les quasi-délits que sous le rapport des indemnités ou réparations civiles auxquelles ils donnent lieu, et nullement sous le rapport des peines que la loi prononce contre ceux qui les ont commis. La répression des délits et quasi-délits, instituée pour le maintien de l'ordre social et de la tranquillité publique, appartient à un autre ordre de lois, dont l'application est confiée aux tribunaux criminels, correctionnels ou de simple police.

698. Le mot *délits* est pris ici dans un sens générique : il comprend aussi les *crimes;* il est pris dans le sens qu'y attachait le Code *des délits et des peines,* du 3 brumaire an IV, sous l'empire duquel a été promulgué le Code civil : aujourd'hui, d'après les nouvelles lois criminelles, les faits illicites sont classés en crimes, en délits, et en contraventions de police, et sont jugés, de droit commun, ou par les cours d'assises, ou par les tribunaux correctionnels, ou par les tribunaux de simple police.

699. On entend par *délit* toute action illicite de l'homme, faite avec intention de nuire soit à la société, soit à quelqu'un.

Le fait sans l'intention malveillante ne saurait constituer un délit, et l'intention sans le fait ne saurait davantage en produire un. L'intention n'est réellement connue que de Dieu, et d'ailleurs celui qui l'a conçue pouvait très-bien l'abandonner.

Il faut que le fait soit *illicite*, contraire à la loi ; car s'il était commandé ou permis par la loi, il serait pur de tout caractère de crime ou de délit. Celui qui ne fait qu'user de son droit, qui, par exemple, en élevant un mur sur son terrain, masque les fenêtres de ma maison, ne commet aucun délit; il n'est pas même censé me nuire : *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.* (L. 151, *de regul. juris.*) *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.* (L. 55, *ibid.*)

Le quasi-délit est bien aussi un fait illicite qui nuit à autrui, mais qui a lieu sans dessein de nuire.

700. Le principe, en cette matière, est que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. (Art. 1382.)

Et chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. (Article 1383).

701. L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. (Art. 1er, Code d'inst. crim.)

Toutefois, tout citoyen lésé par un crime ou un délit peut en rendre plainte et se constituer partie civile devant le juge d'instruction, soit du lieu du crime ou délit, soit du lieu de la résidence du prévenu, soit du lieu où il pourra être trouvé. (Art. 63, *ibid.*)

702. Mais l'action en réparation du dommage causé par un crime, ou par un délit, ou par une contravention, peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage. (Art. 1 précité.)

703. L'action publique, pour l'application de la peine, s'éteint par la mort du prévenu.

L'action civile, pour la réparation du dommage, peut être exercée contre le prévenu et contre ses représentants.

L'une et l'autre s'éteignent par la prescription. (Art. 2, *ibid.*)

704. L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique.

Elle peut l'être aussi séparément devant les

tribunaux civils; et, dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. (Article 3, C. d'instr. crim.)

705. Si la personne lésée par un crime s'est portée partie civile, et que l'accusé ait été déclaré coupable par le jury, elle doit former sa demande en dommages-intérêts avant le jugement; plus tard elle doit être déclarée non recevable (art. 359, *ibid.*); ce qui doit s'entendre en ce sens qu'elle sera non recevable même devant les tribunaux civils (1).

Si elle ne s'est point portée partie civile au procès, elle a son action devant les tribunaux civils (même art., dernier alinéa), car alors elle est un *tiers* quant au jugement (2).

Mais si l'accusé a été acquitté, la partie lésée, qu'elle se soit portée ou non partie civile, n'a plus d'action à raison du *fait* (3).

706. Enfin la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique. (Art. 4, *ibid.*)

707. Ces dispositions sont simples et claires; toutefois il en est une qui ne laisse pas de présenter une grave difficulté, c'est celle qui est relative à la prescription de l'action civile, laquelle, d'après les articles 637 et suivants du Code d'instruction criminelle, a lieu par le même laps de temps que celui qui est déterminé pour la prescription de l'action publique : c'est-à-dire, par dix ans dans les cas de crime, de trois ans dans ceux de délits non soumis à quelque loi spéciale, et d'un an quant aux contraventions de police; et, dans les différents cas, à partir des diverses époques déterminées par ces articles.

N'aurait-on voulu, en effet, quant à la prescription, parler de l'action civile qu'en considérant cette action dans ses rapports avec l'action publique, comme accessoire de celle-ci, par conséquent comme intentée devant les mêmes tribunaux? Mais alors il était bien inutile d'en faire mention, car il allait de soi qu'elle se trouvât éteinte dès que l'action publique le serait : les tribunaux criminels n'ayant plus à s'occuper de celle-ci, n'avaient plus, par cela même, à s'occuper de celle-là; le principal ne subsistant plus, l'accessoire s'évanouissait de lui-même. Or, l'article 2 du même Code, après avoir dit que l'action publique est éteinte par la mort du prévenu, et que l'action civile, pour la réparation du dommage, peut être exercée contre lui et contre ses représentants, ajoute :

« L'une et l'autre action s'éteignent par la » prescription, ainsi qu'il est réglé au livre II, » titre VII, chapitre V, *de la prescription.* » D'après cela, il est bien évident qu'il s'agit aussi de l'action civile exercée devant les tribunaux civils, puisque les représentants de l'auteur du fait ne peuvent être poursuivis que devant ces tribunaux seulement.

D'un autre côté, les actions qui naissent des contrats, comme la vente, le louage, le dépôt, le prêt à usage, etc., ne sont évidemment soumises qu'à la prescription ordinaire de trente ans, conformément à l'article 2262 du Code civil, puisque ce Code ne les a point assujetties à une prescription spéciale; et l'une des parties a pu commettre, dans l'exécution ou à l'occasion du contrat, un fait qui serait un véritable délit ou un quasi-délit. Par exemple, si celui à qui j'ai confié un dépôt, vend la chose, ou en dispose de toute autre manière, il commet le délit d'abus de confiance (art. 408, Code pén.) : or, pourrait-il, après la prescription de l'action publique, et sur l'action que j'intenterais contre lui devant les tribunaux civils pour obtenir la restitution de la chose, m'opposer la prescription de trois ans, à partir du jour où il a commis l'abus de confiance? Non, certainement; car je n'agirais pas contre lui à raison d'un délit, mais à raison d'un contrat, par lequel il s'était obligé à me rendre la chose que je lui avais confiée, et mon action à cet égard dure trente ans, sans préjudice encore des suspensions et interruptions de prescription telles que de droit.

(1) *V. suprà*, no 497.
(2) *V. ibid.*
(3) *V. suprà*, nos 465 et suivants.

Il en est de même si j'ai loué ou prêté quelque chose à quelqu'un qui l'a fait périr, même volontairement, cas où il y aurait aussi un délit; car, puisque j'aurais une action contre lui pendant trente ans s'il n'avait commis qu'une simple faute sans intention de me nuire, par une raison au moins égale dois-je en avoir une d'une semblable durée lorsqu'il a agi avec intention de me faire tort. Les fautes commises dans l'exécution ou à l'occasion d'un contrat font en effet partie de l'action que produit ce contrat, et par conséquent on a, pour obtenir l'indemnité, le même temps que celui qui a été fixé pour la durée de l'action, puisque c'est la même; or, de ce que la faute a un caractère assez grave pour constituer un délit, ce ne peut être un motif pour que celui qui l'a commise soit affranchi plus tôt de la réparation du tort qu'il a causé : cela serait contraire à la raison et aux véritables principes du droit.

Ainsi, tous les faits, quels que soient leurs caractères, qu'ils constituent ou non des délits d'après les lois criminelles, qui ont été commis par l'une des parties dans l'exécution ou à l'occasion d'un contrat, ne sont point soumis, quant à l'action civile, à la prescription établie par le Code d'instruction criminelle. Le locataire, par exemple, qui, par animosité envers moi, ou pour faire fraude à une compagnie qui lui avait assuré des marchandises contenues dans la maison que je lui ai louée, a mis volontairement le feu à cette maison, qui a été détruite, sera bien affranchi de l'action publique par la prescription telle qu'elle est établie par le Code d'instruction criminelle; mais l'action civile pour obtenir mes dommages-intérêts ne sera pas pour cela éteinte; elle ne le sera que par trente ans, puisque cette action n'est autre que celle du louage. Car il s'est obligé à jouir de ma chose en bon père de famille, à me la rendre à la fin du bail (art. 1728, Code civ.), et il ne peut pas être reçu à dire qu'il s'est affranchi de cette action par le délit qu'il a commis.

Ce n'est donc pas dans ces cas, et autres analogues, qu'il peut y avoir difficulté. Mais dans ceux de vol, de destruction ou dégradation d'objets, commis par celui auquel ils n'avaient point été remis ni confiés à un titre quelconque, la question de savoir si la prescription de l'action civile, intentée devant les tribunaux civils, est la même que celle qui est établie par le Code d'instruction criminelle, offre beaucoup plus de doute. En effet, les articles 1382 et 1383 du Code civil paraissent soumis, quant à la prescription des actions auxquelles ils donnent ouverture, à la règle générale de l'art. 2262 du même Code, puisqu'il n'est pas fait d'exception en ce qui les concerne. Or, suivant ce dernier article, les actions, tant réelles que personnelles, durent trente ans. Il paraîtrait donc raisonnable aussi que celui qui a volé ma chose fût assujetti à me la rendre par une obligation aussi forte et ayant la même durée que celle qu'il aurait contractée si je la lui avais louée, prêtée ou remise en dépôt. Mon droit de propriété sur cette chose n'a pas dû se perdre sans ma volonté.

Nous pensons bien, en effet, que la revendication proprement dite de la chose elle-même, peut avoir lieu contre celui qui l'a soustraite et qui la détient, ou son héritier dans le même cas, quoique le temps de la prescription établie par le Code d'instruction criminelle se trouvât accomplie; car cette prescription est étrangère à la propriété des choses à l'égard desquelles des vols ou autres délits ont été commis. Et si celui qui a dérobé la chose opposait qu'en fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279) et que la revendication des effets mobiliers, dans le cas même de perte ou de vol, ne dure que trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol (article 2280), et qu'il y a plus de trois ans d'écoulés; que d'ailleurs le demandeur n'est plus admis à prouver maintenant le vol; nous croyons bien que les tribunaux civils pourraient n'avoir aucun égard à ce système de défense, et qu'ils pourraient condamner celui qui serait convaincu de posséder encore la chose et de l'avoir lui-même, ou son auteur, détournée de chez le propriétaire qui la revendique. Car celui-ci n'intenterait point par là une action civile en dommages-intérêts pour fait de vol : il réclamerait simplement sa chose par droit de propriété. Il dirait avec raison que le délai de trois ans fixé pour la revendication des choses mobilières perdues ou volées, n'est relatif qu'aux tiers dans les mains desquels elle se

trouve, ce qu'indiquent assez clairement ces mots qui terminent l'article 2280 lui-même : *sauf à celui-ci* (au tiers) *son recours contre celui duquel il la tient.* Il prouverait simplement un fait de détournement par le défendeur, sans qu'il fût tenu pour cela de qualifier ce fait de vol; il conviendrait même, s'il le fallait, que c'est par erreur que le défendeur s'en est emparé, probablement parce qu'il croyait que c'était la sienne, et celui-ci ne serait pas admis à dire que c'est bien un vol qu'il a commis: *nemo allegans turpitudinem suam auditur.* Il n'a pas pu acquérir ainsi la propriété de la chose d'autrui : il faut un temps plus long pour cela.

Mais l'action civile pour dommages-intérêts pour fait de vol, de destruction ou dégradation de choses, commises par celui qui ne les détenait point en vertu d'un contrat, ou à raison des crimes ou délits qui lèsent les citoyens dans leur personne ou dans leur honneur, ne dure effectivement que le temps fixé par le Code d'instruction criminelle, quoiqu'elle fût exercée devant les tribunaux civils : alors l'article 2 de ce Code est applicable dans toute sa teneur. Car la loi n'a pas permis qu'après un long temps on pût encore prouver des faits affligeants pour l'ordre social, et desquels seuls cette action peut résulter. Elle a aussi considéré que les moyens que l'accusé de ces mêmes faits pouvait établir son innocence, ont pu venir à périr avec le temps.

SECTION II.

DE L'ACTION CIVILE RÉSULTANT DES DÉLITS ET QUASI-DÉLITS, AINSI QUE DE LA RESPONSABILITÉ DONT ON EST TENU PAR RAPPORT A CERTAINES PERSONNES, OU PAR RAPPORT AUX CHOSES QUE L'ON A SOUS SA GARDE.

SOMMAIRE.

708. *Tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*
709. *Ces faits sont innombrables; ils sont compris sous les dénominations de* crimes, délits, contraventions de police *ou* quasi-délits.
710. *On y comprend aussi les fautes commises dans l'exécution ou à l'occasion des contrats, par l'une des parties.*
711. *On est responsable aussi du dommage que l'on a causé par son imprudence ou par sa négligence.*
712. *L'art.* 1382 *comprend les faits* positifs, *et l'art.* 1383 *même les faits* négatifs.
713. *Dans les contrats et quasi-contrats, les négligences et imprudences commises par l'une des parties prennent le nom de* fautes.
714. *Texte de l'art.* 1384 *quant à la responsabilité des faits d'une autre personne.*
715. *Responsabilité du père quant aux faits de ses enfants mineurs habitant avec lui.*
716. *Responsabilité de la mère dans le même cas.*
717. *Renvoi quant à la question du rapport à succession, à raison de ce qui a été payé pour le dommage causé par l'enfant.*
718. *La responsabilité des père et mère cesse lorsqu'ils n'ont pu empêcher le fait.*
719. *Responsabilité des tuteurs.*
720. Quid *à l'égard des maris quant aux faits de leur femme?*
721. *Responsabilité des instituteurs et artisans, relativement aux faits de leurs élèves ou de leurs apprentis qu'ils pouvaient empêcher.*
722. *Ils ont un recours contre l'élève ou l'apprenti, s'il a agi avec discernement.*
723. *En ont-ils un contre les père et mère? la question résolue par une distinction.*
724. *Les maîtres et commettants sont pareillement responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés, et sans pouvoir alléguer qu'ils n'ont pu l'empêcher.*
725. *Le maître ou le commettant a son recours contre le domestique ou l'employé.*
726. *Le propriétaire d'un animal ou celui qui l'a sous sa garde répond du dommage qu'il a causé.*
727. *Le propriétaire d'un bâtiment répond du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par défaut d'entretien ou vice de construction.*

728. *Sauf, dans ce dernier cas, le recours contre l'architecte, s'il y a lieu.*
729. *Nous ne connaissons pas dans notre droit la caution* damni infecti *du droit romain : les règlements de police y ont suppléé.*

708. Tout *fait* quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. (1) (Art. 1382.)

Puisqu'il est nécessaire, pour cela, que le fait ait eu lieu par *faute*, il est clair, ainsi qu'on l'a dit plus haut, que la règle n'est point applicable au cas où le fait qui nuit à un tiers a été commis par celui qui avait droit de le commettre.

709. Les faits par lesquels on peut causer du dommage à autrui sont innombrables; aussi n'entrerons-nous dans aucun détail à cet égard : il suffit de dire que tous les faits qualifiés *crimes, délits* ou *contraventions de police*, par le Code pénal ou par quelque loi spéciale, comme le Code forestier, les lois sur les délits de la presse, etc., etc., se trouvent compris dans ces termes généraux, *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui du dommage.*

710. On y comprend aussi les faits commis par l'une des parties dans l'exécution d'un contrat, ou d'un quasi-contrat, selon leur nature ou gravité, et selon l'espèce d'affaire à l'occasion de laquelle ces faits ont eu lieu, par conséquent selon les distinctions et explications que nous avons données précédemment, en parlant *des fautes*, au tome X, n[os] 397 et suivants, et celles que nous aurons encore occasion de donner en traitant des différents contrats.

711. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé à autrui, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. (Art. 1383.)

712. Dans l'art. 1382, il s'agit de faits positifs, du tort causé *in committendo*, comme disent les auteurs; dans l'art. 1383, il s'agit non-seulement de faits positifs commis volontairement ou par imprudence, mais encore de la faute de n'avoir pas fait ce qu'on aurait dû faire, et lorsque par là on a nui à autrui : c'est la faute *in omittendo*.

713. Dans les contrats et quasi-contrats, les simples négligences et les imprudences commises par l'une des parties, et qui ont nui à l'autre, prennent le nom générique de *fautes, culpæ*. L'inobservation des règlements de police, par négligence, incurie ou imprudence, s'appelle plus spécialement *contraventions* dans le Code d'instruction criminelle et dans le Code pénal, et *quasi-délits* dans le Code civil.

Du reste, il est des cas où une simple imprudence, une inattention, une négligence ou une inobservation des règlements de police, constitue plus qu'une contravention ou un quasi-délit, mais bien un *délit* proprement dit, dans le sens des lois pénales. Tel est celui d'homicide ou de blessures commis par une de ces causes. Ce n'est point un *crime*, il est vrai, mais c'est un délit, puni d'une peine correctionnelle, et non d'une peine de simple police. (Art. 319 et 320, Code pénal.)

714. Suivant l'art. 1384, « on est responsable non-seulement du dommage que l'on » cause par son propre fait (2), mais encore de » celui qui est causé par le fait des personnes » dont on doit répondre, ou des choses que » l'on a sous sa garde.

» Le père, et la mère après le décès du mari, » sont responsable du dommage causé par leurs » enfants mineurs habitant avec eux.

» Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont » employés (3).

» Les instituteurs et les artisans, du dom-

(1) * Les dommages-intérêts à allouer pour une blessure doivent comprendre une juste indemnité pour les difformités qui existent après la guérison. (Brux., 23 juin 1838; J. de B., 1838, 455.)

(2) Ou par sa propre négligence ou imprudence, ce qu'il faut ajouter ou sous-entendre, puisqu'on a cru devoir, dans l'article précédent, distinguer le *fait*, de la *négligence* et de l'*imprudence*.

(3) Un officier ministériel est le préposé de la partie qui l'emploie : en conséquence, cette partie est civile-

» mage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

» La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. »

715. Le père est responsable du dommage causé par ses enfants mineurs habitant avec lui : si donc l'enfant est majeur au moment du délit, le père n'est pas civilement responsable, quoique l'enfant habitât avec lui. Et, *vice versâ,* quoique l'enfant fût mineur au moment du délit, s'il n'habitait pas avec le père, par exemple, parce qu'il était alors en apprentissage ou en pension, le père ne serait pas non plus tenu. Mais il le serait, même dans ce cas, si l'enfant se trouvait alors sous sa surveillance immédiate, parce qu'il était chez lui au moment du fait; et cela, quoique le fait n'eût pas été commis dans sa maison, mais au dehors; car il devait surveiller l'enfant. Il y a d'ailleurs presque toujours de la faute du père dans l'inconduite des enfants. La mauvaise éducation qu'il leur a donnée est la plupart du temps le principe des fautes qu'ils commettent.

La loi ne distingue pas entre l'enfant naturel reconnu, mineur et habitant avec son père ou sa mère, et l'enfant légitime; ni entre l'enfant émancipé et celui qui ne l'est pas. L'émancipation, sans doute, fait cesser la puissance paternelle (art. 372); mais cette responsabilité est fondée sur la *surveillance* que doit exercer le père, qui a eu tort précisément d'émanciper l'enfant.

Cependant nous ne déciderons pas la même chose si l'enfant mineur, habitant avec son père, était émancipé par mariage. Dans ce cas, l'enfant est dans un état d'indépendance bien différent de celui d'un enfant émancipé par une simple déclaration du père devant un juge de paix, et on ne peut pas reprocher au père d'avoir marié son enfant lorsque l'occasion de le faire s'est présentée. L'enfant est devenu lui-même chef de famille.

716. *Après le décès du père,* la mère aussi est responsable du dommage causé par l'enfant mineur habitant avec elle. Elle devrait être pareillement responsable si le père avait disparu; car alors elle aurait la surveillance de l'enfant. (Article 141.) Il faudrait, par identité de motifs, décider la même chose si le père était interdit pour démence, ou subissait la peine des travaux forcés ou de la reclusion ou du bannissement; car elle aurait aussi la surveillance de ses enfants dans ces cas. On pourrait même le décider aussi de la sorte, quoique ce ne fût qu'une simple peine d'emprisonnement, si elle était de quelque durée; et si les père et mère étaient séparés de corps, et que l'enfant auteur du dommage eût été placé sous la surveillance de la mère, celle-ci serait également civilement responsable.

717. En traitant des rapports à succession, nous avons dit (1) que si l'enfant était d'un âge suffisamment avancé pour avoir agi avec discernement, la somme que le père ou la mère a été obligé de payer pour indemnité au tiers, est sujette au rapport à la succession de celui d'entre eux qui l'a payée ; mais, que dans le cas contraire, c'est plutôt la dette du père ou de la mère, qui doit se reprocher de n'avoir pas assez surveillé l'enfant. D'après cette distinction, le père ou la mère peut, ou non, s'en faire faire raison par l'enfant, en la portant à son compte de tutelle, ou d'administration de ses biens.

718. La responsabilité des père et mère cesse lorsqu'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui a donné lieu à cette responsabilité. (Art. 1384.) Mais il est clair que l'on n'a pas eu en vue par là le cas où l'enfant n'habite pas avec ses père ou mère, parce qu'il est en apprentissage ou en pension, puisque dans ce cas la responsabilité n'existe pas à leur égard, mais à l'égard des intituteurs ou arti-

ment responsable des exactions commises par l'officier dans l'affaire dont il a été chargé, et au préjudice des tiers. (Arrêt de la cour de Bruxelles, du 10 mars 1808; Sirey, 14, 2, 188; *Dalloz, 21, 528.)

(1) Au tome VII, nº 567.

sans : d'où il devenait bien inutile de les en affranchir par une disposition exceptionnelle.

D'un autre côté, on n'a pu raisonnablement vouloir dire, par cette exception, que les père et mère ne seraient point responsables du fait de leur enfant mineur habitant avec eux, lorsque ce fait aurait été commis hors de chez eux, et loin de leur regard (1); car la responsabilité eût été pour ainsi dire illusoire, l'enfant ne pouvant guère causer de dommage à autrui que hors de la maison de son père. Aussi le Code sur *la police rurale*, du 6 octobre 1791, rendait-il celui-ci responsable des dégâts causés dans le champ d'autrui par son enfant mineur habitant avec lui, ainsi que du délit de grapillage.

Pour donner un sens raisonnable à cette exception, nous croyons que les tribunaux doivent se déterminer par les circonstances de la cause : par exemple, si le père où la mère était très-âgé, ou paralytique, ou aveugle, ou atteint de quelque autre infirmité qui empêchait l'exercice de sa surveillance, ou rendait presque nulle son autorité morale; ou si le dommage causé avait eu lieu dans une effervescence populaire, où la puissance du père ou de la mère aurait été trop faible pour contenir l'enfant qui était déjà homme fait : ces circonstances, et d'autres encore, pourraient, surtout si les père et mère ne l'avaient point abandonné à de mauvais penchants, ni excité au mal par de mauvais exemples; ces circonstances, disons-nous, pourraient déterminer les tribunaux à décider qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donnait lieu à leur responsabilité; sauf à la partie lésée son action contre l'enfant.

719. Quant aux tuteurs, le Code ne s'explique pas formellement touchant le point de savoir s'ils sont civilement responsables du dommage que les mineurs habitant avec eux auraient causé à autrui.

Mais, d'après l'article 450, comme le tuteur *doit prendre soin de la personne du mineur*, et par conséquent le surveiller ; qu'il a même, suivant l'article 468, le pouvoirde le faire corriger à raison de ses fautes, nous ne doutons pas qu'il ne soit civilement responsable, envers les tiers, du dommage que le mineur leur aurait causé, à moins que, de même que les père et mère, il ne prouvât qu'il n'a pu empêcher le fait à raison duquel il serait poursuivi comme civilement responsable. Il y a même raison que pour les instituteurs et artisans, à l'égard du dommage causé par leurs élèves ou apprentis; et s'il n'a pas été parlé des tuteurs dans ce chapitre du Code, c'est que leur responsabilité se trouvait déjà implicitement établie au titre *de la tutelle*.

Mais si le mineur était déjà assez avancé en âge pour avoir agi avec discernement, le tuteur pourrait porter au compte de ses dépenses la somme qu'il aurait payée pour lui à ce sujet. Dans le cas contraire, elle resterait à sa charge, comme sa dette personnelle, pour n'avoir pas assez surveillé le mineur. Et dans aucun cas il ne devrait être responsable, si ce dernier n'habitait pas avec lui, quoiqu'il ne fût ni en pension ni en apprentissage, mais chez un parent, ou chez quelqu'un qui l'aurait recueilli.

Ceux qui ont la conduite et la surveillance d'un insensé sont responsables du dommage qu'il causerait à des tiers par défaut de soins et de surveillance de leur part, et l'insensé lui-même n'en serait point du tout responsable, parce qu'il n'y a ni crime ni délit lorsqu'au temps où le fait a été commis, la personne qui l'a commis était en démence (2). (Article 64, Code pénal.)

720. Le Code civil ne dit rien de la respon-

(1) * Le père n'est pas responsable du dommage causé par son enfant mineur habitant avec lui, lorsque le fait qui donnait lieu à la responsabilité civile a été commis en son absence et qu'on ne peut d'ailleurs lui reprocher aucune négligence ou imprudence antérieure. (Brux., 29 juin 1826; J. de B., 1826, 2, 155; Dalloz, 21, 318.)

(2) * Il en serait autrement s'il y avait eu faute imputable avant la démence. Ainsi, si un homicide avait eu lieu par un dément, au moyen d'une arme à feu prohibée, telle qu'un pistolet de poche par exemple, il y aurait lieu à responsabilité pour le cas où il serait reconnu que l'acquisition en avait eu lieu avant la démence. (Liége, 10 janvier 1835; J. de B., 1835, 362; Dalloz, 1, 464.)

sabilité civile des maris. Il faut tenir en principe (1) que, hormis les cas où elle aurait été établie par quelque loi particulière, ainsi qu'elle l'est pour les délits de grapillage, par le Code *sur la police rurale*, cette responsabilité n'a pas lieu. Si la femme ne peut engager les biens de la communauté par ses contrats, sans le consentement de son mari, et même avec l'autorisation de la justice (sauf les cas prévus aux art. 1426 et 1427), à plus forte raison ne peut-elle obliger son mari lui-même par ses délits : aussi les amendes encourues par elle pour crime n'emportant pas mort civile, ne peuvent-elles s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels, tant que dure la communauté. (Art. 1424.)

721. Quant aux *instituteurs* et *artisans*, leur responsabilité, relativement au dommage causé par leurs élèves ou apprentis, est la même que celle des père ou mère par rapport à celui qui est causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux, avec cette différence toutefois qu'ils sont responsables quoique les élèves ou apprentis fussent majeurs : la loi ne distingue pas. C'est à eux à ne les point garder chez eux, s'ils sont impuissants pour les surveiller; mais un père ne peut renvoyer son enfant de chez lui, quoique celui-ci fût majeur, puisqu'il lui doit des aliments. Mais, comme pour les père ou mère, la responsabilité cesse lorsque les instituteurs ou artisans prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui a donné lieu à cette responsabilité : par exemple, elle n'a pas lieu dans le cas où l'élève ou l'apprenti était chez ses parents au temps du délit.

722. Il n'est pas douteux que l'instituteur ou artisan n'ait un recours contre l'élève ou apprenti, pour la somme qu'il a été obligé de payer à ceux qui avaient éprouvé le dommage, à moins toutefois que cet élève ou apprenti n'eût agi sans discernement : auquel cas on peut soutenir que c'est la faute de l'instituteur ou de l'artisan de ne l'avoir pas mieux surveillé, puisqu'il était payé pour cela.

723. Mais a-t-il un recours contre le père ou la mère, soit que l'élève ou l'apprenti ait agi sans discernement ou avec discernement? Dans la première hypothèse, on peut dire en faveur des père ou mère que c'est la faute de l'instituteur ou de l'artisan de n'avoir pas suffisamment surveillé l'enfant; que les père ou mère le payaient pour le surveiller avec plus de soin qu'il n'en a mis; et ce serait assez notre avis, sauf le cas où il aurait été spécialement convenu qu'ils répondraient de tout dommage quelconque que viendrait à causer leur enfant : alors la convention devrait s'exécuter.

Dans la seconde hypothèse, il y a plus de difficulté : le même reproche ne peut pas toujours être fait avec le même fondement à l'instituteur ou artisan; et si l'on peut dire en faveur des père ou mère, que l'enfant n'était point sous leur surveillance au temps du dommage, et que si, par cette raison, ils n'en sont point responsables envers le tiers qui l'a éprouvé, il paraît conséquent qu'ils ne le soient pas non plus envers l'instituteur ou l'artisan lui-même ; d'un autre côté, l'on peut dire qu'il n'y a pas parité de motifs; car il y a un contrat de mandat entre les père ou mère et l'instituteur ou l'artisan, tandis qu'il n'y en a point avec le tiers : or, le mandant doit indemnité au mandataire, à raison des pertes que celui-ci a essuyées à l'*occasion* de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable. (Art. 2000.) Si cette indemnité est tacitement convenue dans un mandat ordinaire, on ne voit pas pourquoi elle ne le serait pas dans un bail d'apprentissage, ou dans le contrat fait avec l'instituteur ou le maître de pension; c'est là aussi un véritable mandat, mais avec salaire. La question, suivant nous, dépendrait donc des circonstances de la cause : d'abord de la nature de la faute de l'élève ou de l'apprenti, du plus ou moins de discernement qu'il avait

(1) *V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 13 mai 1813. (Sirey, 13, 1, 365.) *V.* toutefois aussi celui du 23 décembre 1818. (Sirey, 19, 1, 278.)

Pothier, *des obligations*, n° 454, édition de *Debure*, paraissait regarder le mari comme civilement responsable. Cela n'est pas vrai aujourd'hui, en principe : l'article 1384 ne parle pas des maris.

lorsqu'il l'a commise, et du plus ou moins de négligence que l'instituteur ou l'artisan aurait mis dans la surveillance dont il était tenu.

724. Enfin, *les maîtres et commettants répondent du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés,* et ils ne sont point affranchis de cette responsabilité en offrant de prouver qu'ils n'ont pu empêcher le fait (1). C'est leur faute d'avoir pris à leur service des gens de la moralité desquels ils n'étaient point sûrs. Mais on ne peut dire la même chose à l'égard des père et mère, qui sont bien obligés d'avoir leurs enfants mineurs avec eux ; ni des instituteurs et artisans, parce qu'il est nécessaire d'instruire les enfants, et de leur donner un état ou métier.

Remarquez, au surplus, que les maîtres et commettants ne sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés, qu'autant que ce dommage a été causé dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Ainsi, je ne suis point responsable du dommage que mon domestique a pu causer le dimanche, hors de chez moi, par exemple dans une rixe élevée au cabaret ; et je ne devrais pas l'être non plus des vols qu'il serait allé commettre au dehors, à mon insu, et sans qu'on pût me reprocher aucune imprudence à ce sujet : car ce n'est pas là un dommage causé dans les fonctions auxquelles je l'employais; je ne pouvais mettre cet homme sous clef.

Si le conducteur d'une diligence détourne le porte-manteau d'un voyageur, l'administration en est bien responsable, et elle le serait également à raison du vol qu'il commettrait dans une maison où s'arrête la diligence pour le repos des voyageurs; mais elle ne le serait pas à raison d'un vol qu'il aurait été commettre dans quelque autre maison. Elle le serait bien à raison du dommage causé par lui dans une rixe qui serait née à l'occasion du service de la diligence, soit avec un voyageur, soit avec quelqu'un qui a fait quelque ouvrage à la voiture, etc. ; mais elle ne le serait point non plus si cette rixe avait eu lieu pour toute autre cause, hors du service de l'employé : par exemple s'il s'était battu dans un café.

725. Le maître ou le commettant qui, à raison de sa responsabilité, a été obligé de payer le dommage, a son recours contre celui qui l'a causé. S'ils sont plusieurs, il l'a solidairement, attendu qu'il est légalement subrogé à l'action de celui auquel le dommage avait été fait (article 1251-3°), et que ce dernier avait une action solidaire contre eux ; car tous les auteurs d'un même crime ou délit sont solidairement tenus de la réparation (2). (Article 55 du Code pénal.)

726. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé (art. 1385), et soit qu'il fût sous la garde du domestique ou préposé du maître de l'animal, ou de celui qui l'avait à son usage (3). (Art. 1348).

Ainsi, le cavalier ou le conducteur trop faible ou pas assez adroit pour retenir ou bien diriger son cheval qui blesse quelqu'un ou brise quelque chose, est responsable du dommage (4). (L. 8, § 1, ff. *ad legem Aquiliam.*) Et si mon pâtre laisse aller mon bétail dans le fonds du voisin, où il cause du dégât, je suis tenu de le réparer.

727. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut

(1) * Cass., 25 novembre 1813; 11 juin 1836. (Sirey, 14, 1, 24; 37, 1, 452; Toullier, 11, n° 283; Malleville sur l'art. 1384.)

(2) *V.* toutefois, pour le cas de simples quasi-délits dont la réparation est poursuivie devant les tribunaux civils, ce que nous avons dit au tome XI, n° 194.

(3) * Brux., 27 décembre 1838 ; J. de B., 1839, 125.

(4) * Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, cesse d'être responsable du dommage que l'animal a causé s'il prouve qu'il n'y a eu de sa part aucune faute quelconque. Ainsi le propriétaire d'un cheval qui a causé la mort d'une personne, est affranchi de tous dommages-intérêts, s'il est constaté qu'il n'y a pas eu faute de sa part. (Brux., 11 mars 1829; J. de B., 1829, 2, 259; J. du 19e s., 1829, 135; Dalloz, 21, 333.)

d'entretien, ou par le vice de sa construction. (Art. 1386.)

728. Si le vice de construction provenait de l'architecte, et que la ruine du bâtiment fût arrivée dans les dix ans de la réception des travaux, le propriétaire aurait un recours contre lui, sans préjudice de l'indemnité qui lui serait due aussi pour son propre bâtiment. (Art. 1792 analysé.)

729. Nous ne connaissons pas dans notre droit, l'action pour obtenir la caution du dommage menaçant, *damni infecti*, que, dans le droit romain, un propriétaire avait contre le voisin dont le bâtiment menaçait ruine. Les règlements de police sont suffisants à cet égard : on peut contraindre le propriétaire du bâtiment à le réparer, et même, s'il y a lieu, à le démolir.

FIN DU TREIZIÈME VOLUME DE L'ÉDITION DE PARIS.

CODE FRANÇAIS.

TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE Ier. *Dispositions préliminaires.*

1101. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

1102. Le contrat est *synallagmatique* ou *bilatéral*, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

1103. Il est *unilatéral*, lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces derniers il y ait d'engagement.

1104. Il est *commutatif*, lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.

Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est *aléatoire*.

1105. Le contrat de *bienfaisance* est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

1106. Le contrat *à titre onéreux* est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose.

1107. Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.

CHAPITRE II. *Des conditions essentielles pour la validité des conventions.*

1108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige;

Sa capacité de contracter;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;

Une cause licite dans l'obligation.

SECTION Ire. *Du consentement.*

1109. Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

1110. L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

1111. La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite.

1112. Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.

1113. La violence est une cause de nullité du contrat, non-seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants.

1114. La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autres ascendants, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat.

1115. Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement,

DEUX-SICILES.

TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE I.

Dispositions préliminaires.

1055 à 1061. *Comme* 1101, 1107, C. F.

CHAPITRE II.

Des conditions essentielles pour la validité des conventions.

1062 à 1087. *Comme* 1108 à 1133, C. F.

CHAPITRE III.

De l'effet des obligations.

1088 à 1120. *Comme* 1134 à 1167, C. F. *Mais l'article* 1154. *C. F., n'a pas été reproduit.*

CHAPITRE IV.

Des diverses espèces d'obligations.

1121 à 1186. *Comme* 1168 à 1233, C. F.

CHAPITRE V.

De l'extinction des obligations.

1187. *Comme* 1234. C. F.

SECTION I. *Du payement*

1188 à 1224. *Comme* 1235 à 1270, C. F. *Excepté l'art.* 1222 *qui ajoute à l'article* 1268, *C. F., relatif à la cession des biens :* Ne pourront être admis au bénéfice de la cession des biens, les étrangers, les stellionataires, les banqueroutiers frauduleux, les condamnés pour vol ou escroquerie, ni les comptables, tuteurs, administrateurs et dépositaires.

SECTION II.

1225 à 1235. *Comme* 1271 à 1295, C. F.

CODE DE LA LOUISIANE.

TITRE III.

DES OBLIGATIONS.

CHAPITRE Ier. *Des obligations, de leur nature et de leur division.*

1749. Le mot *obligation* est synonyme de *devoir*.

1750 à 1752. Les obligations sont de trois sortes : les obligations *imparfaites*, les obligations *naturelles* et les obligations *civiles*.

L'obligation *civile* est un lien légal qui donne à la partie envers laquelle elle est contractée le droit de la faire exécuter par l'autorité de la loi.

1753. Considérées quant à leur origine, elles sont de deux sortes :

1° Celles qui sont créées par l'opération de la loi;

2° Celles qui résultent du consentement des parties; lesquelles sont appelées *contrats* ou *obligations conventionnelles*.

TITRE IV.

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES.

CHAPITRE Ier. *Obligations générales.*

1754. Un contrat est une convention par laquelle une personne s'oblige envers une autre à donner, faire ou permettre, *ou à s'abstenir de faire quelque chose* qui est exprimé dans la convention, ou qui en doit être induit. (1101, C. F.)

1755-1756. Il ne faut pas confondre le contrat avec l'acte écrit qui sert à le prouver. Un contrat peut subsister, quoique l'acte écrit puisse être déclaré nul pour quelque défaut; et l'acte écrit peut être bon et authentique, quoique le contrat qu'il sert à prouver soit illégal.

1757. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi peut être la matière ou la cause du contrat. (1128, C. F.)

1758. *Comme* 1102-1103, C. F.

1759. Aucun contrat n'est parfait sans le consentement des deux parties.

1760. Les contrats considérés relativement à leur substance sont *commutatifs* ou *indépendants*, *principaux* ou *accessoires*.

1761. *Comme* 1104, 1er §. C. F.

1762. Les contrats *indépendants* sont ceux dans lesquels les actes ou promesses mutuels n'ont point de rap-

CODE SARDE.

TITRE VI.

DES CONTRATS OU DES OB[LI]GATIONS CONVENTIONNE[LLES] EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE I. *Disposit[ions] préliminaires.*

1189 à 1191. *Comme* [1101] à 1103, C. F.

1192. *Comme* 1105-110[6] F.

1193. *Comme* 1104, 1[er §] C. F.

1194. *Comme* 1107, C. [F.]

CHAPITRE II. *Des condit[ions] essentielles pour la vali[dité] des conventions.*

1195. *Comme* 1108, C. [F.]

SECTON I. *Du consenteme[nt]*

1196 à 1209. *Comme* [1109] à 1124, C. F.

SECTION II. *De la capacité des [par]ties contractantes.*

1210-1211. *Comme* [1123-]1124, C. F.

1212. Les fils de fam[ille], quoique majeurs, ne [peu]vent aliéner ni hypothé[quer] les immeubles dont l'[usu]fruit ou l'administration [ap]partient à l'ascendant [sous] la puissance duquel ils [sont] placés, sans le consentem[ent] de celui-ci, ou l'autorisa[tion] du tribunal.

1213. La nullité des [con]trats passés en contraven[tion] à l'article précédent, ne [peut] être opposée que par l[e fils] de famille, par ses hérit[iers] ou par l'ascendant.

1214. Quant aux con[trats] passés par les fils de fa[mille] qui sont commerçants [on] observera les disposit[ions] des lois commerciales.

1215. *Comme* 1125, C. [F.]

SECTION III. *De l'objet et [de la] matière des contrats.*

1216 à 1220. *Comme* [1126] à 1130, C. F.

SECTION IV. *De la cause des [con]trats.*

1221-1222. *Comme* [1131-]1132, C. F.

1223. Toute convention [est] présumée avoir une ca[use], à moins que la partie [qui] s'est obligée ne prouv[e le] contraire. (1132, C. F.)

1224 *Comme* 1133, C. [F.]

CODE CANTON DE VAUD.

PARTIE II.

obligations et de leurs suites.

TITRE I.

ONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE I.

positions générales.

6. *Comme* 1101, C. F.
7. *Comme* 1107, C. F.
8. Il doit être passé devant notaire de contrat qui a pour t la propriété d'un euble, ou un droit un immeuble.

CHAPITRE II.

conditions essentielles pour la validité des nventions.

9. *Comme* 1108, C. F.

ON I. *Du consentement.*

1 à 818. *Comme* 1109 7, C. F.
) à 822. *Comme* 1119 a , C. F.

ON II. *De la capacité des arties contractantes.*

3-824. *Comme* 1123- , C. F.
5. La fille majeure, mme et la veuve ne ent contracter que les restrictions porpar la loi.
6. Les nullités résuldes articles précés ne pourront être osées que par le mi-, l'interdit, la fille eure, la femme, la e ou leurs ayante, et seulement pour ommes qui n'auront ourné à leur profit. preuve que les somont tourné a leur it est imposée à la ie qui soutient la vaé de l'acte. (1312,)

ON III. *De l'objet et de la matière des contrats.*

7 à 831. *Comme* 1126 30, C. F.

CTION IV. *De la cause.*

2 à 834. *Comme* 1131 a , C. F.

CODE HOLLANDAIS.

LIVRE III.

Des obligations.

TITRE I.

DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL.

SECTION I.

Dispositions générales.

1269. Toute obligation naît d'un contrat ou de la loi.

1270. Toute obligation consiste à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. (1126, C. F.)

SECTION II.

De l'obligation de donner.

1271. L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver en bon père de famille jusqu'à la livraison. (1136, C. F.)

Cette obligation est plus ou moins étendue, selon la nature des contrats. (1137, 2e §, C. F.)

1272. Si le débiteur s'est mis dans l'impossibilité de livrer la chose, ou s'il ne l'a pas dûment conservée, il sera tenu à des dommages et intérêts envers le créancier.

1273. Lorsqu'il y a obligation de livrer une chose, elle est aux risques du créancier dès le moment où naît l'obligation.

Si le débiteur est en demeure de livrer la chose, elle reste aux risques de ce dernier. (1138, C. F.)

1274. *Comme* 1139, C. F.

SECTION III.

De l'obligation de faire ou de ne pas faire.

1275 à 1278. *Comme* 1142 à 1145, C. F.

SECTION IV.

Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.

1279 à 1288. *Comme* 1146 à 1155, C. F.

SECTION V.

Des obligations conditionnelles.

1289. *Comme* 1168, C. F.

CODE BAVAROIS.

DES OBLIGATIONS (1).

(Liv. I, Chap. IV.)

1. L'obligation qui ne dérive ni de la loi civile, ni de la loi naturelle, est personnelle et résulte d'une promesse, d'un contrat, ou d'un délit.

2. Une promesse non acceptée ne peut produire d'obligation, que lorsqu'ayant été faite au profit d'une communauté, elle a eu un commencement d'exécution, pourvu que l'acceptation soit la seule condition qui manque à la convention.

5. Les conditions essentielles pour la validité des conventions sont :

1o D'une part la promesse, et de l'autre l'acceptation ;

2o Le consentement doit être complet, sérieux et libre :

3o Il ne peut pas être tacite.

6. La convention peut être écrite ou verbale, devant témoins ou devant le tribunal. (1316-1317 et 1322, C. F.)

7. On peut contracter en personne ou par un fondé de pouvoirs.

8. Le contrat est nul lorsqu'une ou plusieurs des stipulations ou conditions d'un contrat sont d'une exécution impossible, lorsqu'elles sont prohibées par une loi, ou lorsque leur exécution tend à produire un délit, enfin lorsqu'elles sont tellement obscures qu'on ne peut les expliquer.

11. La restitution des arrhes, ou le payement d'un dédit ne décharge pas de l'obligation, à moins de conventions contraires. (1590, C. F. *diff.*)

12. Sont défendues les conventions entre avocats et clients, entre médecins et malades.

14. Les contrats entre juifs et chrétiens sont nuls, à moins que le juif n'ait reçu des lettres de tolérance.

(1) Le Code bavarois reproduit les dispositions principales du droit romain sur les obligations. Comme elles se trouvent sous les titres particuliers, qui traitent des différentes sortes de contrats, nous avons cru inutile de les rapporter séparément, nous écartant ainsi de la classification du Code français, pour éviter des répétitions.

CODE AUTRICHIEN.

CHAPITRE XVII.

DES CONTRATS ET OBLIGATIONS.

861. La promesse consiste dans la déclaration de vouloir attribuer un droit, c'est-à-dire en offrant de permettre, de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Il n'y a obligation ou *vinculum juris* que lorsque l'autre partie accepte la promesse. Mais tant qu'il n'existe que des pourparlers, aucun contrat n'a pris naissance.

862. Quand aucun délai n'a été fixé pour l'acceptation, la promesse verbale doit être acceptée immédiatement. Si la promesse est écrite, elle doit être acceptée dans les 24 heures, si l'acceptant se trouve au même endroit; et dans le cas d'absence, il faudra le double du temps nécessaire pour recevoir une réponse.

863. On exprime sa volonté par paroles, signes et par des actes, même tacitement.

864. Le contrat est *unilatéral* ou *synallagmatique*, c'est-à-dire à titre gratuit ou onéreux. (*Il n'y a pas d'autres distinctions dans le Code*) (1102 a 1106, C. F. *diff.*)

865. Ceux qui n'ont pas l'usage de la raison et les enfants au-dessous de sept ans sont incapables de promettre ou d'accepter. (1123-1124, C. F.)

Les autres mineurs et tous ceux qui sont en curatelle, tutelle ou sous puissance paternelle peuvent accepter, mais non pas promettre.

866. Lorsqu'une personne, incapable de contracter, cache à dessein son incapacité, elle est tenue a des dommages-intérêts. (1309, C. F., *diff.*)

869. Le consentement doit être libre, sérieux, distinct et intelligible.

870. La violence exercée à l'aide d'une crainte injuste et réelle est une cause de nullité de l'obligation. Art. 55. — (1111-1112, C. F.

871-872. Quant à l'erreur, elle ne vicie le contrat que lorsqu'elle tombe sur la substance de la chose et non sur l'accessoire. (1110, C. F.)

873. Quand il y a erreur sur la personne, les mêmes principes sont applicables lorsque sans cette

CODE PRUSSIEN.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES.

(Tit. V, Part. I.)

Par *contrat* on entend le consentement mutuel pour l'acquisition ou l'aliénation d'un droit. (1101, C. F.)

2. La *promesse* est la déclaration de vouloir céder un droit à un autre, ou de s'obliger envers lui.

4. Le contrat n'existe que lorsque la promesse aura été valablement acceptée.

7. Le contrat à titre onéreux est celui par lequel les deux parties s'obligent réciproquement à quelque chose. (1106, C. F.)

8. Le contrat de bienfaisance est celui par lequel l'une des parties seulement s'oblige à donner, à faire, à permettre, ou à ne pas faire quelque chose au profit de l'autre. (1105, C. F.)

10. Les mineurs, interdits, etc., ne peuvent s'obliger qu'avec l'autorisation, ou par l'intermédiaire de leur tuteur ou curateur. (1124, C. F.)

20. Les actes émanés des enfants de moins de sept ans, sont nuls.

21. Ceux des impubères (quatorze ans) ne sont valables qu'autant qu'il en résulte un avantage pour eux. (1305, C. F. *diff.*

14. Les mineurs et les dissipateurs sont assimilés aux impubères pour contracter.

11-12-13. L'acte par lequel ils contractent une obligation qui constitue une charge, n'est valable qu'autant qu'il est ratifié par leur tuteur; jusqu'à ce moment l'autre partie reste engagée : mais elle peut mettre le tuteur en demeure.

23. Les filles majeures et les veuves peuvent contracter.

32-33. L'ignorance de l'incapacité d'une partie ne peut être invoquée pour délier d'une obligation, à moins d'avoir été induit en erreur par la partie elle-même : auquel cas on a droit à des dommages-intérêts.

34. Celui qui a contracté avec une personne âgée de moins de dix-huit ans, ne peut prétexter l'ignorance de son état de minorité.

CODE FRANÇAIS.

soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi.

1116. Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé.

1117. La convention contractée par erreur, violence ou dol n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliquée à la section VI du chapitre V du présent titre.

1118. La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.

1119. On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi même.

1120. Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement.

1121. On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter.

1122. On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayant-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention.

SECTION II. *De la capacité des parties contractantes.*

1123. Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.

1124. Les incapables de contracter sont :

Les mineurs,

Les interdits,

Les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi,

Et généralement tous ceux à qui la loi a interdit certains contrats.

1125. Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi.

Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté.

SECTION III. *De l'objet et de la matière des contrats.*

1126. Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire.

1127. Le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat.

1128. Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.

1129. Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce.

La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

1130. Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

SECTION IV. *De la cause.*

1131. L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

1132. La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

1133. La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

DEUX-SICILES.

SECTION III. *De la remise de la dette.*

1236 à 1242 *Comme* 1282 à 1288, C. F.

SECTION IV. *De la compensation.*

1243 à 1253. *Comme* 1289 à 1299, C. F.

SECTION V. *De la confusion.*

1254 à 1268. *Comme* 1300 à 1314, C. F.

CHAPITRE VI.

De la preuve des obligations et de celle du payement.

1269 à 1323. *Comme* 1317 à 1369, C. F.

L'article 1279, *aux conditions exigées par l'art.* 1325, C. F., *pour constituer l'acte synallagmatique, ajoute cette disposition :*

Si l'acte synallagmatique est revêtu des signatures des parties, mais s'il manque quelqu'un des originaux ou la mention du nombre de ceux qui ont été faits, cet acte ne vaudra que comme commencement de preuve par écrit.

1280. *Cet article, à l'obligation imposée par l'art.* 1326, C. N., *d'écrire en toutes lettres de sa main un bon ou approuvé de la somme ou de la quantité exprimée dans un billet ou une promesse, ajoute ces mots :* autrement s'il est revêtu seulement de la signature, il vaudra comme commencement de preuve par écrit.

1295. *Cet art. porte qu'il doit être passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur* de 50 ducats, *au lieu de cent cinquante fr., exigés par l'article* 1341, C. F.

CODE DE LA LOUISIANE.

port l'un à l'autre comme équivalent ou comme prix.

1763. *Comme* 1104, C. F.

1764. Le contrat *principal* est celui que les deux parties font pour leur propre compte, ou suivant les qualités qu'elles prennent.

Le contrat *accessoire* est celui qui a pour objet d'assurer l'exécution d'un contrat antérieur, soit par les mêmes parties, soit par d'autres ; tels sont le cautionnement, l'hypothèque et le gage.

1765-1766. *Comme* 1105, C. F.

1767. Toute chose donnée ou promise en considération de l'engagement ou du don, tout service, intérêt ou condition imposé sur la chose donnée ou promise, quoique d'une valeur inférieure à cette chose, forme un contrat onéreux de sa nature.

1768. Les contrats considérés relativement à leurs effets, sont ou *certains* ou *aléatoires*.

1769 Le contrat est aléatoire ou hasardeux, lorsque l'exécution d'une des choses qui en font l'objet, dépend d'un événement incertain. (1104, C. F.)

Il est certain, lorsque la chose qui doit se faire est supposée dépendre de la volonté de la partie ou lorsque dans le cours des événements, cette chose doit avoir lieu de la manière stipulée.

1770-1771. *Comme* 1107, C. F.

CHAPITRE II. *Des conditions nécessaires pour la validité des conventions.*

SECTION I. *Des parties à un contrat et de la capacité de contracter.*

1772. *Comme* 1108, C. F.

1773. Ceux-là seulement sont parties à un contrat, qui y ont donné leur consentement exprès ou tacite.

1774. Les cas dans lesquels le consentement est considéré comme donné tacitement sont déterminés particulièrement par la loi.

1775. *Comme* 1123, C. F. *Il est ajouté :*

Ces personnes sont : les insensés, les esclaves, les interdits, les mineurs et les femmes mariées. (1124, C. F.)

1776. Tous les cas d'incapacité sont sujets aux modifications et exceptions ci-après établies.

1777. Les interdits ne peuvent faire un contrat valide qu'après avoir été relevés de l'interdiction. (502, C. F.)

1778. Les mineurs émancipés peuvent contracter dans les cas auxquels il est

CODE SARDE.

CHAPITRE III. *De l'effet [...] obligations.*

SECTION I. *Dispositions génér[...]*

1225-1226. *Comme* 1[...] 1135, C. F.

SECTION II. *De l'obligation de [...]ner.*

1227 à 1232. *Comme* [...] à 1141, C. F.

SECTION III. *De l'obligation [...] faire ou de ne pas faire.*

1233 à 1236. *Comme* [...] à 1145, C. F.

SECTION IV. *Des dommages e[...]térêts résultant de l'inexéc[...] de l'obligation.*

1237 à 1243. *Comme* [...] à 1152, C. F. *Il est ajou[...] ce dernier article :*

A moins qu'il ne rés[...] évidemment que la so[...] est énormément exces[...] auquel cas le juge po[...] la réduire.

1244. *Comme* 1153, C.[...]

1245. Les intérêts é[...] des capitaux ne peu[...] produire des intérêts [...] par une demande judici[...] ni par la convention des [...]ties. (1154, C. F. *diff.*)

Ces intérêts sont ce[...]dant susceptibles d'en [...]duire d'autres lorsqu'il[...] pris le caractère d'un [...]tal, soit par la substitu[...] d'une dette nouvelle e[...]pèce différente à l'anci[...] dette, soit par un cha[...]ment dans la personn[...] débiteur ou du créanci[...]

1246. *Comme* 1155, C.[...]

SECTION V. *De l'interprétatio[...] conventions.*

1247 à 1255. *Comme* 11[...] 1164, C. F.

SECTION VI. *De l'effet des co[...]tions à l'égard des tiers.*

1256 à 1258. *Comme* [...] à 1167, C. F. *Il est ajout[...]*

Si les contrats sont à [...] onéreux, il faut pro[...] qu'il y a eu fraude de la [...] des deux parties contra[...]tes ; s'ils sont à titre gra[...] il suffit qu'il y ait eu fr[...] de la part du débiteur.

Comme 1167, C. F.

CHAPITRE IV. *Des div[...] espèces d'obligation[...]*

SECTION I. *Des obligations [...]tionnelles.*

§ 1er. De la condition e[...]

CODE CANTON DE VAUD.

CHAPITRE III.

...'effet des obligations.

...ON I. *Dispositions générales.*

...5-836. *Comme* 1134-..., C. F.

...ION II. *De l'obligation de donner.*

...7 à 842. *Comme* 1136 ...41, C. F.

...ON III. *De l'obligation de ...ire ou de ne pas faire.*

...3 à 846. *Comme* 1142 ...44, C. F.

...ON IV. *Des dommages et ...térêts résultant de l'inexé...tion de l'obligation.*

...7 à 854. *Comme* 1146 ...53, C. F.

...5. *Comme* 1155, C. F.

...ON V. *De l'interprétation des conventions.*

...6 à 864. *Comme* 1156 ...64, C. F.

...ON VI. *De l'effet des con...tions à l'égard des tiers.*

...5. *Comme* 1165, C. F.

...6. *Comme* 1167, C. F.

CHAPITRE IV.

...s diverses espèces d'obligations.

...ON I. *Des obligations conditionnelles.*

... De la condition en ...néral, et de ses di...rses espèces.

...7. *Comme* 1168, C. F.

...8 à 876. *Comme* 1172 ...80, C. F.

... De la condition suspensive.

...7-878. *Comme* 1181-..., C. F.

... De la condition résolutoire.

...9-880. *Comme* 1183-..., C. F.

...ION II. *Des obligations à terme.*

...1 à 884. *Comme* 1185 ...88, C. F.

CODE HOLLANDAIS.

1290 à 1292. *Comme* 1172 à 1174, C. F. *Il est ajouté :*

Mais si l'obligation dépend d'un fait dont l'accomplissement est en son pouvoir, il sera tenu de l'exécuter si le fait arrive.

1293 à 1303. *Comme* 1175 à 1184, C. F. *Il est ajouté :*

Cette demande devra aussi avoir lieu lorsque la condition résolutoire pour inexécution des engagements sera exprimée dans le contrat.

Lorsque la condition résolutoire n'aura pas été exprimée dans la convention, le défendeur en pourra empêcher la résolution, en remplissant son obligation dans les vingt jours à dater de la demande.

SECTION VI.

Des obligations à terme.

1304 à 1307. *Comme* 1185 à 1188, C. F.

SECTION VII.

Des obligations alternatives.

1308. *Comme* 1182 et 1191, C. F.

1309. *Comme* 1190, C. F.

1310 à 1312. *Comme* 1192 à 1194, C. F.

1313. La même règle est observée si l'obligation comprend plus de deux choses, ou si elle consiste à faire ou à ne pas faire.

SECTION VIII.

Des obligations solidaires.

1314-1315. *Comme* 1197-1198, C. F.

1316 à 1321. *Comme* 1200 à 1205, C. F.

1322 à 1331. *Comme* 1207 à 1216, C. F.

SECTION IX.

Des obligations divisibles ou indivisibles.

1332 à 1339. *Comme* 1217 à 1224.

SECTION X.

Des obligations avec clauses pénales.

1340 à 1347. *Comme* 1226 à 1233, C. F.

1348. Lorsque l'obligation primitive *divisible*, soumise à une peine in-

CODE BAVAROIS.

19. En général, l'effet des conventions se transmet par succession; et quand il doit cesser par la mort d'un des contractants, les héritiers ont une action pour les effets que le contrat a produits avant le décès.

20. Chacun des contractants répond des suites de son dol. Quant à la négligence (*culpa*), on distingue entre négligence grave (*culpa lata*), légère (*levis*), et très-légère (*levissima*).

La négligence grave est celle qu'un homme, ayant le sens commun, n'aurait pas commise. Par rapport au contrat elle a les mêmes suites que le dol.

La négligence légère est celle qu'un homme sage et attentif n'aurait pas commise; elle rend responsable dans le contrat bilatéral.

La négligence très-légère est celle qu'un homme très-intelligent et très-attentif aurait évitée; elle ne rend responsable que le bénéficiaire dans les contrats unilatéraux. Il n'y a aucune responsabilité, lorsqu'il y a faute des deux parts.

22. S'il y a d'un côté plusieurs créanciers solidaires, le débiteur peut payer la totalité de la dette à l'un d'eux pour se libérer envers tous, à moins que l'un des créanciers n'ait commencé à introduire une action judiciaire.

23. De même que le débiteur solidaire libère tous ses codébiteurs par le payement, de même le créancier peut de son côté actionner tel de ses débiteurs solidaires qu'il voudra choisir. (1197-1203, C. F.)

24. Une convention n'est parfaite que par le consentement des parties. (1108, C. F.)

25. Le consentement extorqué de force par le fait d'un tiers est valable; mais celui qui a été contraint a un recours envers ce tiers. (1111, C. F. *diff.*)

Il peut à son choix ou demander l'annulation du contrat ou un dédommagement, si la force a été employée par l'autre partie contractante.

L'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur une partie principale du contrat, et lorsqu'elle a été produite par le fait de

CODE AUTRICHIEN.

erreur l'obligation n'eût pas été contractée.

874. Celui qui a obtenu un contrat par des moyens illicites, est tenu de toutes les conséquences de son action.

875. La violence qui provient d'un tiers n'est pas une cause de nullité, à moins qu'elle n'ait été exercée ou produite à l'instigation ou à la connaissance du contractant.

876. Si la partie qui promet est seule cause de son erreur, la nullité n'est pas encourue, à moins que cette erreur ne frappe celui qui doit accepter.

877. La partie qui demande l'annulation d'un contrat pour défaut de consentement, doit restituer tout ce qu'elle a reçu.

878. Les choses qui sont dans le commerce peuvent seules être l'objet des contrats. (1128, C. F.)

Ce qui ne peut être exécuté, ce qui est impossible ou illicite, ne peut être l'objet d'un contrat. (1131-1133, C. F.)

879. Sont nuls les contrats par lesquels :

1° On stipule un avantage pour négocier un mariage;

2° Un médecin se fait promettre une somme pour une cure;

3° Un avocat stipule un prix pour la direction d'un procès;

4° On aliène la succession d'une personne vivante. (791, C. F.)

1174. On ne peut répéter ce qu'on a donné sciemment pour provoquer une action impossible ou illicite; mais la restitution peut être réclamée lorsqu'on a donné pour ne pas commettre cette action.

1350. Il n'y a pas lieu à restitution lorsque les actions ou les affaires illicites peuvent être attaquées directement.

881. On ne peut accepter ou donner une promesse pour autrui; mais si on se porte fort pour un tiers, on doit accomplir son obligation, en cas de refus de ratification. (1120, C. F.)

883-884. Les effets du contrat sont les mêmes, soit que ce contrat ait été fait de vive voix, par écrit, devant un tribunal, avec ou sans témoins; mais il n'a de valeur que par la signature, quand il est fait par écrit.

CODE PRUSSIEN.

Du consentement.

(Tit. IV, Part. I.)

31-35-46. Le consentement est nul s'il a été extorqué par force physique ou par des menaces attentatoires à la vie, à l'honneur, à la sûreté et à la liberté, ou par la privation de vivres, de médicaments, ou par l'effet de douleurs corporelles, pourvu que ce consentement ait été révoqué dans les huit premiers jours de la liberté recouvrée. (1109-1115, C. F.)

75 à 83. Le consentement est nul s'il y a eu erreur dans l'objet du contrat ou dans la personne avec laquelle on avait l'intention de contracter, ou dans la qualité des personnes et des choses. (1110, C. F. *diff.*)

28-29. Les personnes, privées momentanément de l'usage de leurs sens par l'enivrement, la stupeur, la peur, le courroux ou par d'autres passions violentes, sont incapables de donner un consentement.

85. Le dol rend le contrat nul pour celui qui a été trompé. (1116, C. F.)

(Tit. V, Part. I.)

40. Le contrat par lequel on promet le fait d'un tiers, n'oblige qu'à faire des tentatives, pour que le fait promis ait lieu : mais si on s'est *porté fort* pour lui, on doit une indemnité complète. (1119-1120, C. F.)

Il en est de même lorsqu'il s'agit d'un traité sur la chose d'autrui.

51. Les contrats qui obligent à des faits ou à des prestations impossibles, sont nuls. (1172, C. F.) Si l'une des parties seulement a eu connaissance de l'impossibilité, elle doit une indemnité.

58-68. Les contrats sur les choses qui ne sont pas dans le commerce ou sur des choses illicites, sont nuls. (1128-11-33, C. F.)

69. Les contrats qui ne profitent à personne seront annulés par arrêt sur la demande de la partie chargée de remplir l'obligation.

71. Les contrats dont l'objet ne peut être déterminé, ou a été laissé à la volonté de la partie obligée, sont nuls.

Cependant si la détermination a été conférée

CODE FRANÇAIS.

CHAPITRE III. De l'effet des obligations.

SECTION Ire. *Dispositions générales.*

1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

1135. Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

SECTION II. *De l'obligation de donner.*

1136. L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier.

1137. L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.

1138. L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

1139. Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.

1140. Les effets de l'obligation de donner ou de livrer un immeuble sont réglés au titre *de la vente* et au titre *des priviléges et hypothèques.*

1141. Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.

SECTION III. *De l'obligation de faire ou de ne pas faire.*

1142. Toute obligation de faire ou de ne pas faire, se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

1143. Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

1144. Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.

1145. Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention.

SECTION IV. *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.*

1146. Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.

1147. Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

1148. Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

1149. Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

1150. Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.

1151. Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte

CODE DE LA LOUISIANE.

pourvu par la loi; *le reste comme* 1309, 1990 et 1311, C. F.

1779. L'incapacité de la femme cesse quand elle est autorisée par son mari ou par le juge dans les cas prévus par la loi.

1780. La femme peut agir comme mandataire, quoique non autorisée par son mari, et ces actes obligent le mandant et la personne avec laquelle elle contracte; mais le mandant n'a point d'action contre elle pour les faits du mandat.

1781. Le contrat fait par une personne en démence est nul quant à elle, en raison du défaut de consentement, que ceux qui jouissent de leurs facultés mentales peuvent seuls donner.

Il en résulte qu'aucun témoignage ayant pour objet de faire voir que l'acte a été fait dans un intervalle lucide, ou de contredire le décret d'interdiction, ne peut être admis.

1782. Un dérangement momentané de l'intelligence, occasionné par une maladie, par un accident ou par quelque autre cause, donne lieu à l'incapacité pendant sa durée, lorsque la situation de la partie et son incapacité sont évidentes.

1783. Le seul cas dans lequel l'esclave peut contracter pour son propre compte, est celui où il s'agit de son affranchissement. Il peut contracter pour son maître, s'il y a été autorisé par lui.

1784. Outre les incapacités générales attachées à certaines personnes, il y en a d'autres qui sont applicables à certains contrats.

1785. *Comme* 1125, 2e *alinéa.* C. F.

1786. Si le contrat est réciproque il ne doit pas être exécuté d'un côté seulement; de sorte que si le mineur ou autre incapable oppose son incapacité contre une partie du contrat, le contrat entier sera nul.

1787. *Comme* 1312, C. F.

1788. Celui qui ignorait l'incapacité de la personne avec laquelle il a contracté peut, dès qu'il en a fait la découverte, demander à la partie elle-même, si l'incapacité a cessé, ou à l'administrateur légal de ses affaires si elle dure encore, d'avoir à confirmer ou annuler le contrat.

1789. Lorsqu'un contrat fait par un incapable est ratifié par lui après que l'incapacité a cessé, les droits acquis par des tiers avant la ratification n'éprouvent par là aucun changement. 1311, C. F.)

CODE SARDE.

néral et de ses di[...]
espèces.

1259-1260. *Comme* 1168, C. F.

1261 à 1271. *Comme* à 1180, C. F.

§ II. De la condition su[...]sive.

1272-1273. *Comme* 1182, C. F.

§ 3. De la condition r[...]toire.

1274-1275. *Comme* 1184, C. F.

SECTION II. *Des obligat[...] terme.*

1276 à 1279. *Comme* à 1188, C. F.

SECTION III. *Des obligation[...]natives.*

1280. *Comme* 1189 e[...] C. F.

1281. *Comme* 1190, C[...]

1282 à 1286. *Comme* à 1196, C. F.

SECTION IV. *Des obligatio[...]daires.*

§ 1er. De la solidarité [...] les créanciers.

1287 à 1289. *Comm[...]* à 1199, C. F.

§ 2. De la solidarité [...] part des débiteu[...]

1290 à 1306. *Comm[...]* à 1216, C. F.

SECTION V. *Des obligations [...]bles et indivisibles.*

1307 à 1309. *Comm[...]* à 1219, C. F.

§ 1er. Des effets de l'o[...]tion divisible.

1310-1311. *Comme* 1221, C. F.

§ 2. Des effets de l'o[...]tion indivisible.

1312 à 1315. *Comme* à 1225, C. F.

SECTION VI. *Des obligatio[...] clauses pénales.*

1316 à 1323. *Comm[...]* à 1233, C. F.

CHAPITRE V. *De l'e[...]tion des obligation[...]*

1324. *Comme* 1234, [...]

CODE DU CANTON DE VAUD.	CODE HOLLANDAIS.	CODE BAVAROIS.	CODE AUTRICHIEN.	CODE PRUSSIEN.

CODE DU CANTON DE VAUD.

…ION III. *Des obligations alternatives.*

…5 à 892. *Comme* 1189 …96, C. F.

…ION IV. *Des obligations solidaires.*

De la solidarité entre les créanciers.

…3 à 895. *Comme* 1197 …99, C. F.

De la solidarité de la part des débiteurs.

…6. *Comme* 1200, C. F.
…7-898. *Comme* 1202-… C. F.
…9. Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres, à la charge d'aviser chacun des débiteurs qu'il poursuit, des autres poursuites commencées. (…4, C. F.)
…0 à 911. *Comme* 1205 …16, C. F.

…ON V. *Des obligations divisibles et indivisibles.*

…2. *Comme* 1217, C. F.
…3. Lorsque la chose qui fait l'objet de l'obligation est indivisible, les débiteurs sont tenus chacun de la totalité de la dette, lors même que le contrat ne porterait pas la clause de solidarité; … le recours de celui qui a dû acquitter contre ses codébiteurs, chacun pour leur part à la valeur de l'objet. (1222, C. F.)

…ON VI. *Des obligations avec clauses pénales.*

…4 à 919. *Comme* 1226 …31, C. F.

CHAPITRE V.

De l'extinction des obligations.

…0. *Comme* 1234, C. F.

…CTION I. *Du payement.*

Du payement en général.

…1 à 929. *Comme* 1235-…, C. F.
…0-931. *Comme* 1245-…, C. F.
…2. *Comme* 1247, C. F.; … *dernier* … *est retranché* … *est ajouté :*
… hors ces deux cas, le payement doit être fait

CODE HOLLANDAIS.

divisible, n'a été exécutée qu'en partie, la peine se résout à l'égard des héritiers du débiteur en dommages et intérêts.

TITRE II.

DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES OU CONVENTIONNELLES.

SECTION I.

Dispositions générales.

1349. *Comme* 1101, C. F., *jusqu'au mot* autres.
1350. *Comme* 1105-1106, C. F.
1351 à 1354. *Comme* 1119 à 1122, C. F.
1355. *Comme* 1107, C. F.

SECTION II.

Des conditions essentielles pour la validité des contrats.

1356 à 1364. *Comme* 1108 à 1116, C. F.
1365 à 1367. *Comme* 1123 à 1125, C. F.
1368 à 1373. *Comme* 1128 à 1133, C. F.

SECTION III.

De l'effet des obligations.

1374-1375. *Comme* 1134-1135, C. F.
1376. *Comme* 1065, C. F. *L'art. holl. renvoie à l'art.* 1353.
1377. Néanmoins les créanciers peuvent réclamer contre les actes du débiteur faits en fraude de leurs droits. Si le contrat est à titre onéreux, ils doivent prouver la fraude des deux contractants; s'il est gratuit il suffit de la preuve de la fraude du débiteur. (1167, C. F.)

SECTION IV.

De l'interprétation.

1378. Lorsque les conventions sont claires, on ne peut s'en écarter par interprétation.
1379 à 1387. *Comme* 1157 à 1164, C. F.

CODE BAVAROIS.

l'autre contractant. (1110, C. F.)

Du payement.

(Liv. IV, Chap. XIV.)

1. Tout payement suppose une dette et l'intention de se libérer d'une obligation. (1235, C. F.)
2. Le payement fait par des mineurs, des imbéciles ou des prodigues, sans l'assistance de leur tuteur ou de leur curateur, est nul. (1238, C. F.)
3. L'obligation peut être acquittée par un tiers; mais si ce tiers effectue ce payement contre la volonté du débiteur, il n'a plus de recours contre lui. (1236, C. F.)
6. Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement. (1238, C. F.)
4. Pour être valable, le payement doit être fait au créancier ou à celui qui a pouvoir ou qualité de recevoir pour lui. (1239, C. F.)
4. Si le payement a été fait à une personne sans titre ni qualité pour recevoir, ce payement est légitimé par la ratification du créancier ou par la preuve qu'il en a profité. (1240-1241, C. F.)
5. On ne peut valablement faire un payement à un mineur.
6. Le créancier n'est pas obligé de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, sauf les cas suivants : (1243, C. F.) 1° si la chose due n'est plus dans le commerce; 2° si l'obligation est de faire quelque chose; 3° si le contrat donne au débiteur l'option. Les dettes d'argent peuvent être payées en toute monnaie au cours du jour; mais on ne peut donner au delà de vingt-cinq florins en petite monnaie.
Le payement doit être effectué en entier et non partiellement. Les juges peuvent cependant accorder des délais au débiteur pour se libérer. (1244, C. F.)
9. Le payement doit être exécuté en temps opportun; il ne peut l'être ni un jour de fête, ni pendant les repas, etc.
Lorsqu'aucun terme n'a été fixé, on ne peut demander le payement que quinze jours après

CODE AUTRICHIEN.

885-887. Une minute de conventions préliminaires, et signée par les parties, a la même force que le contrat lui-même. S'il y a contrat écrit, les dispositions orales sont sans effet. (1341, C. F.)
886. Celui qui ne sait ou ne peut écrire, pour suppléer sa signature, doit apposer au bas de son engagement une marque en présence de deux témoins, dont l'un signe à côté de lui.
916. Si un contrat n'a été fait que pour cacher une transaction d'une espèce différente, on décidera les contestations d'après la véritable nature de la transaction.
918. A moins de dispositions contraires, l'effet d'un contrat passe aux héritiers : une promesse non acceptée est nulle lorsque l'une des parties meurt avant l'acceptation. (1122, C. F.)
919. Si l'une des parties manque à ses engagements, l'autre ne peut pas demander la résiliation du contrat, mais seulement contraindre l'autre partie à s'y conformer. (1184, C. F. *diff.*)
897. Quant aux conditions exprimées dans les contrats, on suit les mêmes règles que celles prescrites pour les dispositions testamentaires. (697 à 699.)
901. Si l'une des parties n'a pas *expressément* déclaré que son motif ou son but doit être regardé comme condition absolue du contrat, l'énonciation de ce motif ou de ce but n'est d'aucun effet.
903. Un droit qui doit être acquis à un jour fixe, l'est au commencement de ce jour; mais pour remplir une obligation on a tout une journée.
904. Si aucune époque pour l'exécution du contrat n'a été stipulée, l'exigibilité peut avoir lieu incontinent. Si l'obligé s'en est réservé le choix arbitraire, il faut attendre son décès. Dans le cas où son obligation serait personnelle, on fait déterminer l'époque d'exécution par le juge.
906. Si la promesse peut être également remplie de plusieurs manières, le choix en appartient à l'obligé.
908. Les arrhes ne comptent pas comme payement, mais comme dédit. Si l'une des parties ne remplit pas ses obli-

CODE PRUSSIEN.

à un tiers, le contrat sera valable si le tiers prononce.
74. On peut contracter au profit d'un tiers : mais celui-ci n'acquiert des droits que lorsqu'il a eu connaissance du contrat (1121, C. F.)
79. Le contrat est parfait par l'acceptation d'une promesse valable. (1108, C. F.)
86. On peut contracter en personne, ou par des fondés de pouvoir, ou par lettres.
90. On peut fixer le terme pendant lequel la promesse doit être acceptée ou refusée; une promesse verbale doit être acceptée sur-le-champ.
111. La forme d'un contrat doit, à peine de nullité, être conforme aux lois du lieu de sa rédaction.
116. Les contrats écrits ne sont parfaits que par la signature.
120. Un projet de contrat, signé des deux parties, équivaut à un contrat, à moins de réserve conditionnelle de le révoquer. (1589, C. F.)
127. Si un contrat a été passé par écrit, les conventions verbales qui s'y rattachent doivent être jugées sur l'acte écrit.
131. Tout contrat dont l'objet excède la somme de *cinquante* écus, doit être rédigé par écrit (1341, C. F.)
134. Les titres peuvent seuls établir la preuve d'une renonciation aux suites d'une obligation; mais un payement peut être prouvé autrement.
139. Le contrat aléatoire bilatéral doit être écrit; il en est de même lorsqu'un dédit de plus de 50 écus aura été fixé.
142. Les lettres entre absents peuvent remplacer le contrat écrit, lorsque les conditions et le consentement y sont exprimés.
144 à 149. Il n'est pas nécessaire que le contrat soit rédigé par écrit :
1° Lorsqu'il s'agit de dépôt;
2° Lorsqu'il s'agit d'achat de meubles livrés sur-le-champ, ou de marchandises. (1348, C. F.)
152. La signature du débiteur au-dessous d'une facture de marchandises ou de travaux reçus équivaut à un contrat écrit.
155. Si un contrat qui devait être rédigé par

CODE FRANÇAIS.

éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

1153. Dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit.

1154. Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.

1155. Néanmoins les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention.

La même règle s'applique aux restitutions de fruits et aux intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débiteur.

SECTION V. *De l'interprétation des conventions.*

1156. On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

1157. Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

1158. Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat.

1159. Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé.

1160. On doit suppléer dans le contrat les clauses qui sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

1161. Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

1162. Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

1163. Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter.

1164. Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés.

SECTION VI. *De l'effet des conventions à l'égard des tiers.*

1165. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121.

1166. Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

1167. Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre *des successions* et au titre *du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, se conformer aux règles qui y sont prescrites.

CHAPITRE IV. *Des diverses espèces d'obligations.*

SECTION Ire. *Des obligations conditionnelles.*

§ Ier. De la condition en général et de ses diverses espèces.

1168. L'obligation est *conditionnelle* lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas.

1169. La condition *casuelle* est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur.

1170. La condition *potestative* est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.

CODE DE LA LOUISIANE.

1790. Ceux qui ont perdu la jouissance des droits civils, par suite de conviction de crime, ne peuvent opposer leur incapacité pour être dispensés d'exécuter leurs contrats. Ceux qui contractent avec eux ne peuvent non plus se prévaloir de leur incapacité. (1125, C. F.)

SECTION II. *Du consentement nécessaire pour la validité des contrats.*

§ 1er. De la nature du consentement, et comment il doit être donné.

1791. Lorsque les parties ont la capacité légale de contracter, la première chose requise ensuite pour la validité du contrat est leur consentement. (1108, C. F.)

1792. Il faut, dans tout contrat, deux parties et une chose proposée par l'une et acceptée par l'autre. La volonté des deux parties doit se réunir sur le même point.

1793. C'est une présomption, dans tout contrat, que l'une des parties a contre l'autre le droit de la contraindre à son exécution.

1794-1795. La convention est imparfaite jusqu'à l'acceptation de celui à qui l'on propose.

1796. La partie est liée par sa proposition et ne peut la retirer, si elle a été faite dans des termes qui annoncent l'intention de donner à l'autre partie le droit de conclure le contrat par son consentement, et si ce consentement est donné dans l'espace de temps que la partie proposante est présumée avoir accordé, eu égard à la situation des parties et à la nature du contrat.

1797. Lorsqu'une partie propose et que l'autre consent, le contrat est complet.

1798. Il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit faite dans le même acte ni aussitôt après la proposition.

1799. Pour que le contrat soit formé, il faut que l'acceptation soit en tout conforme à l'offre.

1800. Il en est de même lorsque l'on promet plus ou que l'on offre moins que ce qui a été demandé.

1801. Cependant lorsque, d'après les circonstances, l'offre est nécessairement présumée contenir un consentement à la modification de l'acceptation, l'obligation est complète, quoiqu'il y ait de la différence dans l'expression entre l'une et l'autre.

1803. La proposition ou

CODE SARDE.

SECTION I. *Du payemen*

§ 1. Du payement en g ral.

1325 à 1338. *Comme* à 1248, C. F.

§ 2. Du payement avec rogation.

1339 à 1342. *Comme* à 1252, C. F.

§ 3. De l'imputation des ments.

1343 à 1346. *Comme* à 1256, C. F.

§ 4. Des offres de paye et de la consignatio

1347 à 1353. *Comme* à 1264, C. F.

§ 5. De la cession de

1355 à 1358. *Comme* à 1268, C. F.

1359. La cession se fa vant le tribunal du dom du débiteur, sur la pr tation faite par celui- l'état actif et passif d patrimoine, et après tous les créanciers or cités dans la forme naire. (898 *et suiv.,* *proc. franç.*)

La citation sera déc par le tribunal, et in dans la gazette de la sion, ou à défaut dans de Turin.

1360-1361. *Comme* 1270, C. F.

1362. Dans le cas de sion judiciaire, la mass créanciers peut tou laisser au débiteur l'a nistration de ses biens accorder un atermoie lui faire remise d'une de la dette, et prendre les arrangements q juge convenables à l'in commun.

A cet effet, il est néce que la majorité des c ciers donne son cons ment, et que cette maj ait droit aux trois quar la totalité des sommes Dans ce cas, les délibéra de la masse sont obligat même pour les créan opposants.

Les créanciers hypoth res ou privilégiés ne pas nombre dans ces dé rations, qui ne pe point préjudicier à droits.

SECTION I. *De la novati*

1363 à 1373. *Comme* 1281, C. F.

1374. Le débiteur qu cepté la délégation, ne plus opposer au nou

CODE CANTON DE VAUD.

omicile du créancier.
e trouve dans le can-
ou à celui de son
é de pouvoir, s'il ré-
hors du canton.
doit être fait au do-
le du débiteur, si le
ncier réside hors du
on et n'y a pas de
é de pouvoir.
s dispositions du pré-
article ne s'appli-
nt pas aux effets de
merce.
. Comme 1248, C. F.

Du payement avec subrogation.

. Comme 1249, C. F.
5. Cette subrogation
onventionnelle, lors-
le créancier rece-
son payement d'une
e personne, la su-
e dans ses droits,
léges ou hypothè-
contre le débiteur :
e subrogation doit
expresse et rédigée
écrit. (1250, C. F.)
5. Comme 1251, C. F.
e §, relatif à l'héri-
bénéficiaire, est sup-
ié.
Comme 1252, C. F.

De l'imputation des payements.

3 à 940. Comme 1253
5, C. F.
. Lorsque la quit-
e ne porte aucune
itation, le payement
être imputé au gré
ébiteur.
2. Si les biens du dé-
ur sont mis en dis-
on, le payement
imputé,
r la dette qui était
e à l'époque du
ment;
tre les dettes échues,
elle pour laquelle le
teur était poursuivi.
fin, s'il n'y avait pas
ette échue, et que
biteur ne fût pour-
pour aucune dette,
celle qui se trouve
oins assurée, ou qui
hue le moins de
lége au créancier.
, C. F.)

Des offres de payement et de la consignation.

3. Comme 1257, C. F.
4. Comme 1258, C. F.
l ajouté au § 6 :
enfin, s'il n'y a pas
onvention sur le lieu
payement et que le
ncier réside hors du
on et n'y ait pas de

CODE HOLLANDAIS.

TITRE IV (1).

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

SECTION I.

Du payement.

1417 à 1426. *Comme* 1236 à 1244, 1er §, C. F.

1427 à 1429. *Comme* 1245 à 1247, C. F. *Le 2e § est ainsi terminé :*

Hors ces deux cas, le payement doit être fait au domicile du créancier, tant qu'il continue d'habiter la commune où il demeurait au temps du contrat, sinon au domicile du débiteur.

1430. Lorsqu'il s'agit de loyers, fermages, pensions alimentaires, rentes perpétuelles ou viagères, d'intérêts de sommes prêtées, et généralement de tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts, trois quittances, qui constatent le payement de trois échéances successives, établissent la présomption que les échéances antérieures ont été acquittées ; sauf la preuve contraire.

1431. *Comme* 1248, C. F.

1432 à 1435. *Comme* 1253 à 1256, C. F. *Il est ajouté :*

Si aucune des dettes n'est échue, l'imputation se fera comme pour les dettes échues.

1436 à 1439. *Comme* 1249 à 1252, C. F.

SECTION II.

Des offres réelles, suivies de consignation.

1440 à 1447. *Comme* 1257 à 1263, C. F. *jusqu'à ces mots :* Il n'y a plus d'hypothèques, etc.

1448. *Comme* 1264, C. F.

SECTION III.

De la novation.

1449 à 1454. *Comme* 1271 à 1276, C. F.

1455. Le débiteur qui a accepté la délégation ne peut opposer au nouveau créancier les exceptions qu'il avait contre le créancier précédent, quand même il les aurait

(1) Le titre 3 est, relatif aux engagements qui se forment sans convention, il est intitulé : *des Obligations qui naissent de la loi*; on le trouvera à la suite de ce titre.

CODE BAVAROIS.

l'échéance du terme de l'obligation (1).

Le débiteur peut toujours payer avant le terme convenu. (1187, C. F. *diff.*)

Si le payement est laissé à la discrétion du débiteur, le créancier n'a d'action que contre sa succession.

Le payement sera exécuté dans le lieu désigné par la convention ; sinon il sera fait au domicile du créancier. (1247, C. F., *diff.*)

13. Le payement doit être prouvé par documents ou par titres, par témoins ou par présomptions. Ces présomptions ont lieu : 1° Lorsque la reconnaissance de la dette a été rendue au débiteur ; 2° lorsqu'elle a été annulée de la volonté des parties ou par la volonté du créancier ; 3° lorsque pendant trois ans le créancier a reçu des intérêts sans faire de réserves pour ceux dus antérieurement ; 4° lorsque le créancier a fait des payements au débiteur, sans faire de réserves ; 5° lorsqu'il a reçu une somme d'argent sans la compter; 6° lorsqu'il attend la mort du débiteur pour faire valoir sa créance.

Dans tous ces cas, les présomptions contraires sont également admissibles.

De l'imputation.

14. Lorsqu'il existe plusieurs dettes, et qu'on est incertain sur celle qui a été acquittée la première, on présume toujours que les intérêts ont été payés avant le principal, et les dettes liquidées avant celles qui ne le sont pas. (1253 à 1256, C. F.)

De l'assignation ou indication de payement.

Liv. IV. Chap. XV.

7. L'assignation, ou l'indication de payement, par laquelle un débiteur adresse son créancier à

(1) En France, dans ce cas, une mise en demeure fixe le délai que le débiteur est censé avoir laissé à la discrétion du créancier. En cas de discussion ou de délai nécessaire, on peut recourir aux tribunaux.

CODE AUTRICHIEN.

gations, l'autre peut l'y contraindre, ou demander le double des arrhes s'il est donneur, et les retenir s'il est acquéreur. (1590, C. F. *diff.*)

909. Lorsqu'un dédit a été fixé, le commencement d'exécution de la convention anéantit la faculté de se dégager en le payant.

914. Pour l'interprétation des contrats on suit les règles générales. Dans le doute on doit interpréter les conventions de manière à ce que la clause ait un effet et ne contienne pas de contradictions aux autres parties du contrat. (1156, C. F.)

915. Dans les contrats unilatéraux la présomption est toute favorable à l'obligé. Dans les contrats bilatéraux l'expression ambiguë s'interprète contre celui qui s'en est servi. (1157-1158, C. F.)

De la solidarité.

891 à 896. L'engagement solidaire oblige les débiteurs à payer la totalité de la créance, chacun personnellement sur la demande d'un seul créancier. La libération entière opérée par un codébiteur décharge les autres. Il appartient ensuite au débiteur qui a payé d'exercer une action en remboursement contre ses codébiteurs, et aux créanciers de réclamer leur payement de celui qui a reçu pour tous. (1197 et suiv., C. F.)

894. Un débiteur ne peut nuire à ses cointéressés. La remise de la dette à un débiteur personnellement ne profite pas aux autres. (1215, C. F.)

Des obligations divisibles et indivisibles.

889. Chaque codébiteur d'une chose divisible n'est responsable que pour sa part, et chaque copropriétaire n'a droit qu'à la partie qui lui est dévolue.

890. S'il s'agit de choses indivisibles, le créancier, s'il est seul, peut demander à chaque débiteur la totalité de la chose ; mais s'il n'y a qu'un débiteur et plusieurs créanciers, le débiteur n'est point tenu de la livrer à un des créanciers sans caution ; il peut exiger l'adhésion unanime de tous les

CODE PRUSSIEN.

écrit, a été seulement l'objet de conventions verbales, il ne peut donner ouverture à aucune action judiciaire s'il n'a pas reçu de commencement d'exécution ; mais si l'un des contractants l'a exécuté en tout ou en partie, il est tenu ou de remplir son engagement, ou de donner des indemnités.

169. Si un contrat écrit a été perdu, toutes sortes de preuves sont admises pour constater son contenu. (1348, n° 4, C. F.)

171. Les aveugles, les sourds-muets et les individus illettrés ne peuvent contracter que devant le tribunal.

185-186. La reconnaissance par écrit de conventions verbales ou d'un acte entaché de nullité, constitue un contrat valable. (1338, C. F.)

193. On ne peut renoncer d'une manière générale aux exceptions qui peuvent être présentées à l'exécution du contrat, ni aux moyens de nullité qui pourraient être invoqués par un tiers.

200. La confirmation judiciaire des contrats n'est pas nécessaire.

Des conditions.

(Tit. IV. Part. I.)

100. Une déclaration de volonté est conditionnelle, lorsqu'on fait dépendre le droit qui doit en résulter d'un événement qui arrivera ou n'arrivera pas. (1168, C. F.)

102. Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, et si le bénéficiaire doit attendre la réalisation de l'événement, l'obligé ne peut rien entreprendre au préjudice de l'autre partie ; si cette obligation est casuelle en même temps, aucune des deux parties ne peut rien faire au préjudice l'une de l'autre. (1181-1169, C. F.)

114. La condition résolutoire anéantit le droit au moment où cette condition se réalise. (1183, C. F.)

120. Le cessionnaire d'un droit sous condition de rester en état de viduité, ne peut être tenu, s'il se remarie, de restituer les fruits.

121. Celui qui cède un droit sous condition résolutoire, a la faculté d'exiger une caution.

133. Les conditions, dont l'accomplissement

CODE FRANÇAIS.

1171. La condition *mixte* est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers.

1172. Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.

1173. La condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition.

1174. Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

1175. Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.

1176. Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas.

1177. Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé : elle l'est également, si avant le terme il est certain que l'événement n'arrivera pas; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas.

1178. La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.

1179. La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.

1180. Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit.

§ 2. De la condition suspensive.

1181. L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties.

Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement.

Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.

1182. Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui a fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur, qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition.

Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix.

Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts.

§ 3. De la condition résolutoire.

1183. La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation, elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.

1184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

SECTION II. *Des obligations à terme.*

1185. Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution.

1186. Ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être exigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété.

1187. Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier.

CODE DE LA LOUISIANE.

l'acceptation d'un contrat peut être expresse ou tacite :

Elle est expresse, quand elle est faite par des paroles prononcées ou écrites;

Elle est tacite, quand elle est manifestée par des actions ou même par le silence ou l'inaction, dans le cas où les circonstances autorisent à les interpréter ainsi, ou dans ceux où elles donnent lieu à la présomption légale du consentement.

1808. Des mots non équivoques, mais qui n'expriment qu'une intention, ne forment point une obligation.

1809. Une promesse positive qui, d'après la manière dont elle est faite, montre qu'il n'y a pas d'intention sérieuse de contracter ne crée point d'obligation.

1810. Les actions non accompagnées de paroles prononcées ou écrites établissent une présomption de contrat, lorsque d'après les circonstances dans lesquelles elles sont faites, le consentement est implicite.

1811. Le silence ou l'inaction, dans certaines circonstances, le moyen de manifester un consentement qui crée une obligation.

1812. Dans le cas où la loi n'établit pas de présomption légale du consentement d'après certains faits, le juge doit prononcer.

§ 2. Quel défaut de consentement empêche le contrat d'être valide.

1813. Il n'y a pas de consentement non-seulement lorsque l'intention n'a pas été mutuellement communiquée ou tacitement comprise, mais encore quand elle a pour cause l'erreur, le dol, la violence ou les menaces. (1109, C. F.)

§ 3. De l'erreur, de ses divisions et de ses effets.

1814. L'erreur, en tant qu'elle s'applique aux contrats, est de deux sortes : l'*erreur de fait* et *de droit*.

1816. On appelle erreur de droit, celle qui consiste à tirer de fausses conséquences légales de l'existence de faits dont on est bien informé.

1817. L'erreur pour empêcher un contrat d'être valable doit porter sur quelque point qui a été la cause principale de la convention, soit à l'égard de la personne avec laquelle on a contracté, soit à l'égard de l'objet même du contrat. (1110, C. F.)

§ 4. De l'erreur sur le motif.

1818. La réalité de la cause est une condition préalable

CODE SARDE.

créancier les exce
qu'il eût pu opposer a
ancier originaire, sa
recours contre ce de

Cependant s'il s'agit
ceptions dérivant de l
lité de la personne
exemple, de la qual
fils de famille, de m
ou de femme mariée,
biteur pourra les op
si ces qualités exi
encore à l'époque o
consenti à la délégatio

SECTION III. *De la remis dette.*

1375. *Comme* 1282,
1376 à 1379. *Comm*
à 1288, C. F.

SECTION IV. *De la compe*

1380 à 1390. *Comme*
1299, C. F.

SECTION V. *De la conf*

1391-1392. *Comme*
1301, C. F.

SECTION VI. *De la perte chose due*

1393-1394. *Comme*
1303, C. F.

SECTION VII. *De l'action lité ou en rescision des tions.*

1395. *Comme* 1304,
1396. Cette action est
missible aux héritiers
ne peuvent toutefois l
cer que pendant la du
terme qui restait à cou
profit de leurs auteurs
préjudice des dispos
relatives à l'interrupti
à la suspension des pre
tions.

1397 à 1406. *Comme*
1314, C. F.

1407. L'exception de
lité peut être opposé
toute personne qui est
suivie pour l'exécuti
l'obligation, dans tous l
où cette personne aura
admissible à agir par v
nullité ou de rescision

Cette exception
point sujette à la pre
tion établie par l'art. 1

CHAPITRE VI.

De la preuve des obliga et de celle du paye

1408-1409. *Comme*
1316. C. F.

CODE CANTON DE VAUD.

… de pouvoir, la notion de l'offre de … nent soit faite sous le … du juge du débi…

Comme 1259, C. F. : … 3 *et* 4 *sont retran-*…

… à 950. *Comme* 1260 … , C. F.

… ION II. *De la novation.*

Comme 1271, C. F. *Comme* 1273, C. F. … 954. *Comme* 1277, C. F. … *Comme* 1281, C. F. … *rnier* § *non repro-*…

… III. *De la remise de la dette.*

… à 960. *Comme* 1282 …, C. F.

… IV. *De la compensation.*

… Lorsque deux per… s se trouvent réci… ement débitrices … envers l'autre de … non reconnues … tres, mais échues, … ère une compensa… entre ces dettes, … à concurrence de … is faible ; excepté … les cas prévus par … le suivant. (1289.

… On ne peut oppo… compensation : … à la demande en … ation d'une chose … le propriétaire a … justement dépouil-…

… à la demande en … ation du dépôt, ou … rêt à usage. (1293.

… Lorsque deux per… s se trouvent débi… l'une envers l'au… et que les deux … ces, ou l'une des … est reconnue par … la compensation … it pas être opposée. … Toutefois, lorsque … ens d'une personne … mis en décret, la … ensation des dettes … s et passives du … ant s'opère jusqu'à … rrence de leurs … és respectives, pour … ttes qui consistent … omptes courants, … s et autres actes … seing privé, mais … pour les dettes re… ues par actes pu-…

CODE HOLLANDAIS.

ignorées lors de la délégation, sauf le recours contre le premier créancier.

1456 à 1460. *Comme* 1277 à 1281, C. F.

SECTION IV.

De la Compensation.

1461 à 1471. *Comme* 1289 à 1299, C. F.

SECTION V.

De la confusion.

1472-1473. *Comme* 1300-1301, C. F.

SECTION VI.

De la remise de la dette.

1474. La remise de la dette ne se présume pas ; elle doit être prouvée.

1475 à 1479. *Comme* 1284 à 1288, C. F.

SECTION VII.

De la perte de la chose due.

1480-1481. *Comme* 1302-1303, C. F.

SECTION VIII.

De la nullité et de la rescision des conventions.

1482. Les obligations contractées par des mineurs et interdits sont nulles de plein droit, sur leur demande, ou sur celle introduite en leur nom. Si elles ont été souscrites par des femmes mariées ou par des mineurs émancipés, elles sont nulles en tant qu'elles surpassent leur capacité.

1483. L'article précédent n'est pas applicable aux conséquences d'un délit ou quasi-délit, ni aux obligations résultant de l'art. 206 (1310, C. F.)

1484. *Comme* 1314, C. F. *Il est ajouté :* Sauf le recours contre le tuteur ou le curateur, s'il y a lieu.

1485. La convention contractée par erreur, violence ou dol donne lieu à une demande en nullité ou en rescision.

1486. La lésion ne vicie les conventions que dans les cas prévus par la loi. (1118, C. F.)

1487. La nullité de convention pour cause d'incapacité, conformément aux dispositions de l'article 1366, oblige les parties à rétablir les choses

CODE BAVAROIS.

un tiers pour se faire payer, ne le libère point de son obligation. (1275 à 1277, C. F.)

Celui qui est capable de contracter peut assigner.

Le créancier n'est pas tenu d'accepter une assignation, si le débiteur a d'autres moyens de se libérer.

Lorsque le créancier désigne son débiteur pour faire un payement, le consentement de celui-ci n'est pas nécessaire.

On ne peut pas révoquer une assignation sans le consentement de l'assignataire.

L'assignataire n'est pas obligé d'agir contre le débiteur assigné, mais s'il néglige de demander le payement, il répond des suites de cette négligence.

De la novation.

Liv. IV, Chap. XV.

4. La novation n'existe que lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette, laquelle est substituée à l'ancienne. (1271, § 1, C. F.)

Elle est expresse, ne se présume pas, et ne peut s'opérer qu'entre personnes capables ; elle a lieu dans toutes sortes d'obligations. (1271 et 1123, C. F.)

La nouvelle obligation commence au même instant où l'ancienne s'éteint.

5. La délégation consiste dans la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien : mais il faut le consentement simultané du créancier, de l'ancien et du nouveau débiteur. (1271 et 1274, C. F.)

S'il y a doute on présumera plutôt une assignation qu'une délégation. Par le fait même de la délégation on se reconnait débiteur.

L'ancienne dette est pleinement éteinte par la délégation ; il en naît une obligation nouvelle, contre laquelle on n'a pas les mêmes moyens que l'on aurait pu avoir contre l'ancienne.

6. L'expromission est la délégation faite sans le concours du débiteur principal, contre lequel le nouveau débiteur a les droits d'un *negotiorum gestor* sans autorisation. (1279 à 1281, C. F.)

CODE AUTRICHIEN.

créanciers, ou demander le dépôt en justice.

De l'assignation.

1400. L'assignation consiste dans l'acceptation par le créancier d'un nouveau débiteur à la place d'un autre.

1401. L'assignation n'oblige que les parties qui l'ont acceptée, et dès lors l'assignant (ou premier débiteur) n'est plus tenu du payement de la dette.

1406-1407. Si l'assigné ne paye pas, l'assignant répond envers son créancier de la même manière qu'un cédant est responsable envers le cessionnaire de la validité et de la possibilité du recouvrement de la dette (1397 et 1399), à moins que le créancier n'ait déclaré accepter l'assigné comme débiteur unique.

1408-1409. Si l'assignant charge son débiteur de payer et qu'il l'indique à son créancier pour recevoir son remboursement, cette assignation a l'effet d'une cession de créance. Il répond par conséquent des suites du non-payement.

Des dommages et intérêts.

1331. Celui qui est lésé dans sa fortune par le dol ou la négligence d'un tiers, a le droit de demander à titre de dommages-intérêts le prix du gain qu'il aurait pu obtenir, et même un prix d'affection, s'il y a eu méchanceté, envie de nuire, ou action défendue par le Code pénal.

1332. Si le dommage ne provient que d'une faute légère, on ne doit payer que la valeur de la chose lors du dommage.

1333-1334. Le débiteur doit des intérêts à 4 pour cent l'an (art. 995), du jour où il aurait dû payer le capital ; ou, si aucun terme n'a été fixé, du jour où on lui a fait sommation de rembourser sa dette. (1153, C. F.)

1335. Le créancier ne peut exiger des intérêts arriérés s'élevant à une valeur excédant le capital, à moins d'une demande en justice.

1336. Les parties peuvent fixer entre elles un dédit ou une peine conventionnelle. (Art. 912.)-(1226, C. F.) Cependant quand il s'agit d'emprunt, le juge, pour retard de payement, ne pourra pas

CODE PRUSSIEN.

n'a rien d'utile, doivent être observées tant que celui qui les a imposées y persiste ; mais s'il meurt, le cessionnaire peut demander à en être dispensé.

139. L'obligation alternative consiste à délivrer une des choses promises : le choix appartient au débiteur. (1189-1190, C. F.)

145. La cause exprimée ne peut servir qu'à interpréter l'intention des parties ; ainsi l'erreur dans la cause ne rend pas le contrat nul, à moins que le contractant n'ait été induit en erreur par la faute de l'autre partie.

153. Si quelque chose est concédé pour un but le cessionnaire entre aussitôt en jouissance du droit ; il en est déchu si ce but n'est pas rempli, et s'il ne veut pas l'exécuter, l'obligation est nulle.

163. Une époque incertaine, qui doit faire cesser ou produire un droit, est assimilée à une condition suspensive ou résolutoire.

165-168. Celui qui ne doit livrer une chose qu'à une échéance fixe, ou celui qui n'en est cessionnaire que pour un temps déterminé, ne peut rien entreprendre au préjudice de l'ayant droit postérieur ; dans les deux cas, il conserve les fruits perçus.

Du terme.

(Tit. V. Part. I.)

230. Si le terme de l'accomplissement d'une obligation n'est pas déterminé dans le contrat, le juge le fixera selon les circonstances.

232. On ne peut demander l'accomplissement d'un contrat onéreux dans lequel aucun terme n'a été fixé, tant qu'on n'est pas en mesure de l'accomplir.

233. L'exécution d'un contrat de bienfaisance sans terme stipulé dépend du donateur ; dans ce cas, et lorsque l'accomplissement aura été laissé à sa volonté, on n'aura d'action contre lui qu'après sa mort.

238. Si le temps de l'exécution a été abandonné au choix de l'obligé, la réclamation n'est admise qu'à sa mort.

241. Avant le terme fixé aucune des parties ne peut demander l'exécution d'un contrat, sans le consentement de l'autre. (1186, C. F.)

CODE FRANÇAIS.

1188. Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.

SECTION III. *Des obligations alternatives.*

1189. Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation.

1190. Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier.

1191. Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises ; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.

1192. L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation.

1193. L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place.

Si toutes deux sont péries, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière.

1194. Lorsque, dans le cas prévu par l'article précédent, le choix avait été déféré par la convention au créancier ;

Ou l'une des choses seulement est périe ; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste ; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périe ;

Ou les deux choses sont péries ; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre, à son choix.

1195. Si les deux choses sont péries sans la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302.

1196. Les mêmes principes s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative.

SECTION IV. *Des obligations solidaires.*

§ 1er. De la solidarité entre les créanciers.

1197. L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement du total de la créance, et que le payement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers.

1198. Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

Néanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

1199. Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.

§ 2. De la solidarité de la part des débiteurs.

1200. Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier.

1201. L'obligation peut être solidaire, quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au payement de la même chose ; par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple ; ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à l'autre.

1202. La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

1203. Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division.

1204. Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres.

1205. Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose ; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts.

Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les

CODE DE LA LOUISIANE.

du contrat sans laquelle le consentement n'aurait pas été donné.

1819. Pour que l'erreur sur la cause empêche le contrat d'être valide, il faut que cette cause soit la principale lorsqu'il y en a plusieurs.

1820. L'erreur sur la cause n'empêche le contrat d'être valide que dans le cas où l'autre partie a été informée que cette erreur était la principale cause du contrat.

1821. Quand le motif est évident, quoiqu'il n'en soit pas fait une condition expresse, le contrat est nul si l'erreur porte sur ce motif.

1823. Une transaction sur procès et l'obligation qui en est la conséquence sont nulles si, au moment où la transaction a eu lieu, le procès était définitivement jugé, sans que les parties en fussent instruites. (2056, C. F.)

1824. La transaction est également nulle, lorsque l'une des parties ignorait l'existence d'un papier qui, venant à être découvert, fait voir que l'autre partie n'avait pas de droit, et cela soit que l'autre partie le sût ou non. (2057, C. F. *diff.*)

1827. L'erreur sur le motif peut encore avoir lieu dans les cas d'assurance de la propriété, ou dans ceux de rente viagère ; comme si au moment du contrat la propriété avait péri, ou l'individu était mort.

§ De l'erreur sur la personne.

1828. L'erreur sur la personne avec laquelle on contracte empêche le contrat d'être valide, si la considération de la personne est la seule cause ou la cause principale du contrat. (1110, C. F.)

1829. Dans les contrats de bienfaisance, la considération de la personne est présumée par la loi être la principale cause.

1830. Dans les contrats onéreux tels que la vente, l'échange, le prêt à intérêt, le louage, la considération de la personne est généralement présumée par la loi être cause accessoire.

1832. L'erreur sur la qualité en laquelle agit la partie avec qui l'on contracte produit le même effet que l'erreur sur la personne elle-même, lorsque cette qualité est la principale cause du contrat.

§ De l'erreur sur la nature et sur l'objet du contrat.

1835. L'erreur sur la nature du contrat l'empêche d'être valide.

CODE SARDE.

SECTION I. *De la preuve li*

1410. La preuve lit
dérive d'un acte pu
d'un titre sous seing

§ 1. De l'acte publ

1411. *Comme* 1317, C
1412 On doit rédig
acte public :
1° Les conventions p
transmission de pr
ou d'usufruit de bie
meubles ou réputé
celles par lesquelle
biens de même natur
grevés de servitudes
pothèques ou d'autres
ges ; les sociétés et pa
qui ont pour objet
meubles quelconques
baux dont le terme
neuf ans :
2° Les donations, l
trats de mariage, de
tution ou d'augmenta
dot, même en cas d'
en religion, les co
tions de rentes et aut
tes par lesquels on s'o
des prestations viag
perpétuelles ;
Les rentes sur l'Ét
réglées par des lois p
lières :
3° Les conventions
cession ou renoncia
des droits héréditair
ventes par enchère
biens meubles, lors
valeur excède la som
trois cents livres ; les
rations *ad lites* ; les
rations générales *ad n*
et même les procu
spéciales, quand c
ont pour objet l'alié
ou l'obligation d'un i
ble, ou tout autre
ou acte fait ou à fai
acte public ;
4° Les cessions de
ou d'actions dérivant
publics, ou qui ne p
être établis que par
tes de cette nature : t
contrats en général
sont qu'un accessoi
une dépendance d'
contrats rédigés par
public, ou qui ne p
être rédigés que par u
semblable ; toutes les
cations, modificatio
révocations, et toutes
actions auxquelles ce
trats donneraient lieu
est de même des quit
relatives aux oblig
contractées par acte p
à l'exception de cel
ne concernent que d
térêts, loyers, rentes
tres annuités.
1413. A défaut d'ac
blic, la preuve des c
mentionnés dans l
précédent n'est poi
missible ; ils sont cons
comme non avenus
même qu'on s'est so
les rédiger en instr

CODE CANTON DE VAUD.

ION V. *De la confusion.*

-966. *Comme* 1300- C. F.

ON VI. *De la perte de la chose due.*

-968. *Comme* 1302-, C. F.

ON VII. *De l'action en lité ou en rescision des ventions, pour cause de lence, d'erreur ou de dol.*

. Dans tous les cas action en nullité ou escision d'une con- ion n'est pas limitée moindre temps par oi particulière, cette n dure un an. (1304,)

temps ne court . les cas de violence, du jour où elle a ; dans les cas d'er- ou de dol, que du où ils ont été décou- .

. *Comme* 1314, C. F.

. L'exception de té pourra être oppo- par celui contre le- on poursuit l'exé- n du contrat, dans les cas où il aurait exercer lui-même on en nullité ou sion.

te exception n'est soumise à la pres- on établie par l'ar- 969.

CHAPITRE VI.

preuve des obliga- is, et de celle du ement.

-973. *Comme* 1315- C. F.

. Lorsque la preuve ale résulte d'un acte le, il n'est point per- employer la preuve noniale, ou celle par ment d'une des par- contre la teneur de . (1341, C. F.)

Cette règle n'est pplicable, lorsqu'il uniquement de er qu'il a été dé- l'acte, ou d'expli- l'acte, sans en dé- : la lettre, ou de er que l'acte est é.

nmoins, la preuve simulation de l'acte pas admise en fa- des parties contrac- s, ni de leurs hé- s.

La preuve du faux ete pourra être en-

CODE HOLLANDAIS.

dans leur état antérieur à la convention, pourvu cependant que l'incapable en soit encore possesseur, et pourvu qu'il soit prouvé qu'il en a fait un emploi utile.

1488. Il en est de même de la nullité prononcée par l'art. 1485.

1489. Dans le cas des art. 1482 et 1485, les dommages et intérêts peuvent en outre être prononcés, s'il y a lieu.

1490. *Comme* 1304, C. F. *Il est dit,* cependant, que l'action en nullité dure *cinq ans.*

Il y est ajouté : Le délai prescrit pour l'action ne s'applique pas à l'exception.

1491. Celui qui demande la rescision pour plusieurs nullités, doit les faire valoir toutes à la fois.

1492. L'action en nullité est éteinte par la ratification de la convention lors de la cessation de l'incapacité. (1311, C. F.)

LIVRE IV.

Des preuves et de la prescription.

TITRE Ier.

DES PREUVES EN GÉNÉRAL.

1902. Celui qui réclame un droit ou celui qui allègue un fait, soit à l'appui de son droit, soit pour contester le droit d'autrui, doit prouver l'existence de ce droit ou de ce fait. (1315, C. F.)

1903. Les règles concernant la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu et le serment, sont expliquées dans les titres suivants.

TITRE II.

DES PREUVES LITTÉRALES.

1904. Les moyens de preuve littérale sont les titres authentiques et les écritures privées.

1905 à 1907. *Comme* 1317 à 1319, 1re *partie,* C. F.

1908. *Comme* 1320, C. F.

1909. Si un acte authentique quelconque est argué de faux, l'exécution pourra en être suspendue, conformément aux dispositions du Code de procédure civile.

1910. *Comme* 1321, C. F.

CODE BAVAROIS.

De la compensation.

Liv. IV. Chap. XV.

1. La compensation éteint la dette lorsque deux personnes deviennent débitrices l'une envers l'autre. (1289, C. F.)

Elle s'opère de plein droit jusqu'à concurrence de la quotité de chaque dette. (1290, C. F.)

La compensation n'a lieu envers le fisc que lorsque la créance et la dette ressortissent de la même administration et résultent de la même cause. (1291, C. F. *diff.*)

Si les parties ne sont pas dans le commerce, il faut que les dettes soient payables au même lieu.

On ne peut demander la compensation que pour ce qui est dû à la même personne. Ainsi un mari ne peut la demander pour ce qui est dû à sa femme; ni une communauté pour ce qui est dû à un de ses membres.

Il faut que les choses dues soient de la même espèce. (1291, C. F.)

Le titre de la créance est indifférent, à moins qu'il ne résulte d'un délit.

2. On ne doit pas confondre avec la compensation le droit de rétention qu'a le créancier jusqu'au payement ou jusqu'à la faillite, sur un effet appartenant au débiteur, s'il ne se l'est pas approprié par des moyens illicites.

De la confusion.

Liv. IV. Chap. XV.

3. Deux créances s'éteignent par la réunion des qualités de débiteur et de créancier en la même personne. (1300, C. F.)

La confusion en la personne du débiteur principal profite à sa caution. (1301, C. F.)

Mais la dette principale n'est pas éteinte lorsqu'il s'agit d'une confusion en la personne de la caution.

La confusion ne s'opère pas : 1o Envers l'héritier fiduciaire, s'il ne lui reste pas une valeur égale au montant de sa créance ; 2o S'il y a plusieurs cohéritiers; 3o Dans les successions vendues ou achetées; 4o S'il y a plusieurs cautions ou débiteurs et

CODE AUTRICHIEN.

prononcer une indemnité qui excède les intérêts légaux. (1153, C. F.) Il peut même, en cas d'excès justifié, modérer le dédit conventionnel.

Le payement du dédit ne dispense pas de l'exécution du contrat.

1337. L'obligation de réparer un dommage, de payer le gain perdu ou d'acquitter le dédit conventionnel constitue une action réelle et est transmissible aux héritiers.

1338. La demande en dommages-intérêts doit être portée devant le juge civil, lors même que le fait aurait donné lieu à une instruction criminelle. (191, 358-366, *Code d'instr. crim. franç.*)

1339-1340. Quand il s'agit de lésions corporelles, d'atteintes illégales à la liberté ou à l'honneur, les juges criminels ou politiques peuvent instruire et juger. Mais si le dédommagement ne peut être apprécié immédiatement, l'action en indemnité sera réservée à la partie par les voies de droit.

De l'extinction des obligations.

1411. Les droits et les obligations s'éteignent simultanément, c'est-à-dire que l'extinction de l'un produit l'extinction de l'autre.

1412. L'obligation finit par le payement. (469,-1234, C. F.)

1413. Un créancier ne doit recevoir et un débiteur ne doit fournir que la chose stipulée, selon le temps, le lieu et le mode d'exécution.

1415. Le créancier ne peut être contraint à recevoir partiellement le payement de sa créance (1244, C. F.); mais si le débiteur a plusieurs dettes à acquitter, il pourra indiquer celle qu'il veut éteindre, avec le consentement du créancier.

1416. En cas de doute sur l'application d'un payement, l'imputation s'en opérera d'abord sur les intérêts, et ensuite sur le capital; s'il y a plusieurs capitaux, sur celui qui est réclamé ou échu, ou sur la créance que le débiteur avait le plus d'intérêt d'éteindre (1256, C. F.)

1417. Si l'on n'est convenu d'aucun terme ; l'obligation de payer ne commence que du jour

CODE PRUSSIEN.

243 à 246. Un acte exécuté avant le terme est regardé comme non avenu; il doit être répété au temps stipulé, ou l'ayant droit indemnisé, à moins qu'il n'ait tiré avantage de l'exécution, ou à moins d'acceptation de sa part.

247-251. Si le lieu de l'accomplissement n'a pas été indiqué, le juge le fixera; si plusieurs ont été désignés, le débiteur pourra choisir.

De l'interprétation.

(Tit. IV. Part. I.)

65. Le sens des conventions sera interprété d'après la signification ordinaire des mots et des signes (marques ou caractères).

74. *Comme* 1157, C. F.

(Tit. V. Part. I.)

253. Dans le doute, l'interprétation devra s'opérer en faveur de la partie obligée. On recherchera son intention et on la préférera à celle de la partie acceptante. (1162, C. F.)

255. Un contrat formé par lettres et exécuté sera censé, en cas de doute, avoir pour base l'offre la moins élevée.

257. Faute d'indication d'espèces monétaires, les sommes stipulées doivent être payées en monnaie courante.

261. Si un contractant a pris sur lui tous les dangers et pertes, il faut y comprendre les accidents extraordinaires.

262. Lorsqu'un contrat se réfère à un contrat antérieur, l'abrogation qu'il peut contenir de ce dernier ne s'applique qu'aux causes désignées clairement.

263. Les conditions ambiguës d'un contrat peuvent être interprétées par la ponctuation.

266. Le contrat sera interprété au préjudice de celui qui aura fait insérer des termes ambigus, et qui s'en autorisera pour demander des avantages extraordinaires.

268-269. *Comme* 1162, C. F.

De l'exécution des contrats.

271. Celui qui demande l'exécution d'un contrat doit prouver qu'il y a satisfait de son côté.

273. Lorsqu'on a promis l'espèce d'une matière

CODE FRANÇAIS.

débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure.

1206. Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous.

1207. La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.

1208. Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs.

Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs.

1209. Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du debiteur ou du creancier.

1210. Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.

1211. Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur.

Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est *pour sa part*.

Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs *pour sa part*, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation.

1212. Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrerages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le payement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs.

1213. L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.

1214. Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux.

Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement.

1215. Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier.

1216. Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions.

SECTION V. *Des obligations divisibles et indivisibles.*

1217. L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle.

1218. L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

1219. La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité.

§ 1er. Des effets de l'obligation divisible.

1220. L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme representant le créancier ou le débiteur,

1221. Le principe établi dans l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur.

1° Dans le cas où la dette est hypothécaire;

2° Lorsqu'elle est d'un corps certain;

3° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible;

4° Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation;

5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.

CODE DE LA LOUISIANE.

1836. L'erreur sur la chose qui forme la matière du contrat ne l'empêche pas d'être valide, à moins qu'elle ne porte sur la substance même, ou sur quelque qualité substantielle de la chose.

1837. Il y a erreur sur la substance, lorsque l'objet est d'une nature tout à fait différente de celle qu'on lui supposait.

1838. L'erreur porte sur la qualité substantielle de l'objet lorsque cette qualité est celle qui lui donne la plus grande valeur.

1839. L'erreur sur les autres qualités de la chose qui forme la matière du contrat ne l'empêche d'être valide que lorsque ces qualités sont telles qu'elles ont été la principale cause du contrat.

§ 7. Des erreurs de droit.

1840. L'erreur de droit, aussi bien que l'erreur de fait, empêche le contrat d'être valide lorsque cette erreur en est la principale cause.

§ 8. De la nullité résultant du dol.

1841. Le dol en matière de contrat est l'artifice par lequel l'une des parties est mise ou entretenue dans une erreur qui porte sur quelque partie essentielle d'une convention dans l'intention de procurer quelque avantage injuste à l'une des parties, ou de causer préjudice ou perte à l'autre.

L'erreur qui est la conséquence du dol doit porter sur une partie essentielle du contrat. Un artifice qui n'était pas de nature à tromper, avec une attention ordinaire, ne peut invalider ni le consentement, ni le contrat, à moins qu'il ne s'agisse d'une fausse assertion sur la valeur ou sur la qualité d'un objet qui exige une connaissance particulière.

L'erreur doit être causée ou entretenue par l'artifice.

L'acte est nul pour cause de dol, lors même que l'effet qu'on se proposait par le dol n'a pas été produit. (1116, C. F.)

Mais il n'y a pas nullité, si aucune partie n'est lésée.

Les artifices employés par un des contractants pour faire hausser ou baisser le prix d'un immeuble annulent le contrat, ou donnent lieu à des dommages-intérêts contre les etrangers.

1842. Le dol, comme tout autre fait, doit être prouvé par celui qui l'allegue; mais il peut être établi par toute espèce de preuve.

CODE SARDE.

public, dans un temps
terminé et sous une cl
pénale; cette clause,
que l'obligation est san
fet.

1414. Sont exceptées
disposition énoncée en
ticle précédent, les t
actions sur procès, co
ties par-devant les ra
teurs ou les juges
de la contestation : si
sont souscrites ou sous-
quées par les parties o
un fondé de pouvoir sp
elles obligent les con
tants à en passer
authentique dans le te
fixé par l'ordonnance
rapporteur ou du juge
à defaut de fixation,
le terme de trois moi
cas de refus de la par
l'une des parties, le trib
ou le juge par-devan
quel la cause est pend
peut, sur la demande
lui en est faite dans les
mois qui suivent l'ex
tion du terme ci-d
établi, et nonobstant la
tumace de la partie
sante, ordonner qu
transaction sera rédig
instrument public. Si
demande n'est pas fo
dans les trois mois, l'or
nance du rapporteur o
juge est considérée co
non avenue.

1415. Dans les cas où
n'exige pas un instru
public pour la validité
convention, l'acte qui
point authentique par
competence ou l'incap
de l'officier ou par un d
de forme, vaut comme
ture privée entre les
ties, si elles l'ont signé
qu'à défaut de signatu
la part de celles-ci o
l'une d'elles, l'acte prés
la marque et les signa
dont il est parlé ci-apr
l'art. 1433. (1381, C. F.)

1416-1417. *Comme*
1320, C. N.

1418. Les actes et con
passés en pays étra
suivant les formes qui y
prescrites, ont la m
force que celle qui es
cordée dans ces pays
actes et contrats passes
les États.

1419. Dans toute es
de contrats, même da
contrats judiciaires,
défendu au notaire ou a
officier public d'exige
de recevoir le serment
parties. S'il est contre
a cette défense, le co
sera considéré comme
pris par dol, et en co
quence nul et de nul e

§ 2. De l'insinuation et
actes qui y sont sou

1420. Les actes publics

CODE CANTON DE VAUD.

rise, conformément . règles de la procé- e civile ou de la pro- ıre criminelle, selon ıs.

ON I. *De la preuve littérale.*

Du titre authentique.

7 à 979. *Comme* 1317 19, C. F.

De l'acte sous seing privé.

0 à 982. *Comme* 1322 24, C. F.

3. *Comme* 1325, C. F. *dernier § non repro-*

4-985. *Comme* 1327- , C. F.

6. Les registres des chands, produits con- les personnes non chandes, ne font preu- les fournitures qui y portées, que suivant gle établie à l'article . (1329, C. F.)

7. *Comme* 1330, C. F.

8. L'effet en droit des s des marchands en- eux sera réglé par le e de commerce. (Ar- s 8 à 17; *C. de com- ce franç.*)

9-990. *Comme* 1331- , C. F.

§ 3. Des tailles.

. *Comme* 1333, C. F.

Des copies des titres.

2. *Comme* 1334, C. F.

3. Lorsque le titre ori- l n'existe plus, les es font foi, d'après les nctions suivantes :

Les grosses ou pre- res expéditions font ême foi que l'origi- il en est de même copies qui ont été ti- par l'autorité du istrat, parties pré- es ou dûment appe- , ou de celles qui ont tirées en présence des ies et de leur con- ement réciproque;

Les copies qui, sans torité du magistrat ou le consentement des ties, et depuis la dé- ance des grosses ou mières expéditions, ont été tirées sur la ute de l'acte par le aire qui l'a reçu, ou des officiers publics ositaires des minutes, vent, en cas de perte l'original, faire foi nd elles ont plus de nte ans. (1335, C. F.)

CODE HOLLANDAIS.

1911. Les écritures privées sont les actes sous sieng privé, les lettres, registres, papiers domestiques et autres écrits faits sans l'intervention d'un officier public.

1912 à 1915. *Comme* 1322 à 1329. 1er §, C. F. *Le 2e § est ainsi remplacé :*

Faute de quoi le billet ne servira que comme commencement de preuve par écrit. Cet article n'est pas applicable aux affaires commerciales.

1916-1917. *Comme* 1327-1328, C. F. *Il est ajouté :*

Ou du jour où le tiers à qui l'acte est opposé en a reconnu l'existence par écrit.

1918. *Comme* 1331, C. F.; *il est ajouté :*

Dans tous les autres cas, le juge y aura tel égard que de raison.

1919. Les livres des marchands font foi, même contre les personnes non marchandes, pour la qualité et la quantité des fournitures qui y sont portées, pourvu qu'il soit prouvé d'ailleurs que le marchand a fait habituellement de pareilles fournitures à crédit à l'autre partie, pourvu que ses livres soient tenus selon les formes prescrites au Code de commerce, et que le marchand affirme sous serment la sincérité de la demande.

Si le marchand est décédé, ses héritiers seront tenus de prêter serment, qu'ils croient de bonne foi que la dette est réelle et non acquittée. (1329, C. F.)

1920. *Comme* 1332, C. F.

1921. Le propriétaire d'un titre peut, à ses frais, en demander le renouvellement, s'il devient illisible par vétusté ou autre cause. (2263, C. F. *diff.*)

1922. Lorsqu'un titre est commun entre plusieurs, l'un d'eux pourra en demander le dépôt, pour en prendre copie au besoin.

1923. Dans tout état de cause l'une des parties pourra demander au juge qu'il soit ordonné à l'autre de produire, sous serment les pièces qui sont en sa possession et qui concernent le différend.

Lorsque, dans le cours d'un procès, il est démontré que l'une des parties a un intérêt évident à la production d'un titre qui se trouve entre les mains d'un tiers, celui-ci sera

CODE BAVAROIS.

que l'un d'entre eux succède au créancier.

De la perte de la chose due.

Livre IV. Chap. XV.

12. Si la chose due périt ou se perd sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte. (1302 C. F.)

Si la chose ne s'est perdue qu'en partie, le débiteur n'est libéré qu'en proportion de la perte.

Si le débiteur est en demeure, il supporte même les cas fortuits. (1302, C. F. *diff.*)

Dans toutes les cas où la chose a péri par sa nature, le juge peut obliger le débiteur à payer une indemnité équitable.

De la preuve des payements.

Liv. IV. Chap. XIV.

11-12. Contre une action, résultant d'une quittance en due forme, on peut opposer exceptionnellement que le payement n'a pas été fait et que la quittance a été donnée par anticipation; toutefois cette exception n'est pas recevable dans les cas suivants : 1º Dans les affaires où il n'est pas probable que l'on donne quittance par anticipation, comme une vente; 2º Dans les quittances des administrateurs publics; 3º Lorsque la quittance a été confirmée par écrit ou verbalement; 4º Lorsque la quittance a été donnée devant notaire; 5º Lorsqu'on a renoncé à cette exception.

On doit faire valoir cette exception dans les trente jours à dater du jour de la quittance,

CODE AUTRICHIEN.

de la sommation. (Article 904.)

1418. Les aliments doivent être payés par mois et d'avance; les héritiers n'ont rien à restituer en cas de décès avant le terme payé d'avance.

1419. Le créancier supporte les conséquences du retard apporté par sa faute dans l'acceptation du payement.

1420. A moins de conventions contraires, le débiteur ne doit payer qu'au lieu de son domicile.

1421. Une personne incapable d'administrer peut néanmoins payer valablement des dettes; mais si elles ne sont ni certaines ni échues, son tuteur ou curateur peut en demander la restitution. (1305, C. F.)

1422-1423. Lorsqu'un tiers offre de payer pour le débiteur, le créancier est obligé d'accepter et de le subroger dans ses droits, mais il faut que le débiteur y consente. Dans ce cas le créancier ne garantit pas la dette à moins de dol. (1236, C. F.)

1424. Le payement fait entre les mains d'un interdit est nul; mais on peut répéter ou imputer ce qui existe encore en nature ou reste en sa possession, et ce qui a été dépensé à son profit.

1425. Si le créancier est absent ou s'il ne veut pas recevoir le payement offert, le débiteur peut se libérer de son obligation en déposant le montant de sa dette en justice. (1257, C. F.)

1426. Celui qui paye a le droit de demander quittance.

1427. *Comme* 1908, C. F.

1428. Le créancier doit encore rendre le titre de sa créance; s'il a été perdu, le créancier doit donner caution ou en faire prononcer l'annulation.

1448. La mort n'éteint que les obligations personnelles.

1449. Les droits et obligations s'éteignent par l'expiration du terme, par contrat, par décision judiciaire, par acte de dernière volonté et par prescription. (1234, C. F.)

Du payement.

1429 à 1430. La quittance d'une dette récente ne fait pas présumer le payement des dettes antérieures; mais il y a présomption de payement des termes

CODE PRUSSIEN.

déterminée, on ne pourra la remplacer par une autre

274. Si entre plusieurs choses on en a promis une, l'obligé choisira celle qu'il veut donner. (1190, C. F.)

275. Si c'est le genre qui a été promis, on devra une chose entre la meilleure et la pire. (1246, C. F.)

277. Chacun répond de ses fautes lors de l'exécution du contrat; si la faute est grave, on doit une indemnité à l'autre partie pour le gain perdu.

279-280. Si une partie a des avantages à attendre d'un contrat, elle sera responsable d'une faute légère; sinon, elle ne sera tenue que des fautes grossières.

De la clause pénale.

292. Les dommages-intérêts à payer, en cas d'inexécution des conventions, peuvent être fixés d'avance par clause pénale; alors on ne pourra pas en demander de plus élevés. (1226, C. F.)

295. Si la clause pénale ne s'applique qu'au retard dans l'exécution, on pourra demander en outre des dommages-intérêts pour l'inexécution entière du contrat. (1229, C. F. *diff.*)

297. On ne peut stipuler des clauses pénales dont l'exécution pourrait porter atteinte à l'honneur ou à la liberté.

310. On ne pourra demander l'application de la clause pénale qu'autant que le contrat sera d'une exécution possible.

311 à 316. Le payement de la peine n'empêche pas l'exécution du contrat, à moins de conventions contraires ou d'un dédit stipulé; mais dans ce cas on ne peut se libérer par le payement du dédit, si le contrat a reçu un commencement d'exécution. (1229, C. F. *diff.*)

De la garantie.

(Tit. V. Part. I.)

317. La garantie fait partie de l'exécution du contrat. (1625, C. F.) Dans tout contrat onéreux, on doit garantir à l'acquéreur l'usage de la chose cédée conformément au contrat, ou lui payer des dommages-intérêts, si l'acquéreur aime mieux faire annuler le contrat.

Si le contrat consiste dans la livraison de plu-

CODE FRANÇAIS.	CODE DE LA LOUISIANE.

Dans les trois premiers cas, l'héritier qui possède la chose due ou le fonds hypothéqué à la dette, peut être poursuivi pour le tout sur la chose due ou sur les fonds hypothéqués, sauf le recours contre ses cohéritiers. Dans le quatrième cas, l'héritier seul chargé de la dette, et dans le cinquième cas, chaque héritier, peut aussi être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers.

§ 2. Des effets de l'obligation indivisible.

1222. Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement.
1223. Il en est de même à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation.
1224. Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible.
Il ne peut seul faire la remise de la totalité de la dette; il ne peut recevoir seul le prix au lieu de la chose. Si l'un des héritiers a seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a reçu le prix.
1225. L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers.

SECTION VI. *Des obligations avec clauses pénales.*

1226. La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.
1227. La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.
La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale.
1228. Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.
1229. La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.
Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.
1230. Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure.
1231. La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.
1232. Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine.
1233. Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée.
Cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le payement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, la peine entière peut être exigée contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours.

CHAPITRE V. *De l'extinction des obligations.*

1234. Les obligations s'éteignent : Par le payement; — Par la novation; — Par la remise volontaire; — Par la compensation; — Par la confusion; — Par la perte de la chose; — Par la nullité ou la rescision; — Par l'effet de la condition résolutoire qui a été expliquée au chapitre précédent; — Et par la prescription qui fera l'objet d'un titre particulier.

SECTION I. *Du payement.*

§ 1. Du payement en général.

1235. Tout payement suppose une dette; ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition.
La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.
1236. Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.
L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.
1237. L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même.

---

§ 9. Du défaut de consentement qui rés de la violence ou des menaces.

1844 à 1849. *Comme* 1111 à 1115, C. F
1850. Si la violence dont on a fait us ne consiste que dans une contrainte gale que la partie qui l'a employée a le droit d'exercer, elle n'annulera pa contrat.
1851. L'emploi ou la menace d'emplo mesures coercitives fondées sur une ca injuste ou illégale, vicie le contrat.
1852. Le contrat fait avec un indiv étranger à la violence, et qui a pour de délivrer la partie d'un danger ou d' contrainte, n'est pas nul s'il a été p sans collusion.
1853. S'il n'a y pas eu de cause dan contrat, la menace même d'une injure gère suffit pour l'invalider.

§ 10. De la lésion.

1854. La lésion est le tort qui est souf par quelqu'un qui ne reçoit pas l'équ lent de ce qu'il donne.
1855 à 1857. Les majeurs ne peuvent voquer la lésion, 1° que dans les parta lorsque le préjudice dans une part es plus du quart; 2o que dans les ventes d meubles, lorsque le prix est de moitié dessous de sa valeur; mais cette nu n'existe pas au profit de l'acquéreur. (et 1683, C. F.)
1858 à 1863. Les mineurs non émanci même dûment autorisés ou assistés, restitués contre la *simple lésion*, qu'il soit besoin de l'alléguer, à m qu'il ne s'agisse d'aliénation ou de part des biens, ou de ventes judiciaires. (l C. F.)
1864. *Comme* 1676, C. F.
1865. Dans toutes les questions de lés la valeur que la chose, avait, au mom où le contrat a été fait, est la règle laquelle on doit estimer la lésion, m à l'égard des mineurs.
1866 à 1869. *Comme* 1307 à 1311, C. F.
1870. Les actions pour lésion sont p crites par quatre années, à compter d date du contrat entre majeurs, compter de l'âge de majorité s'il y a mineurs.
1871 à 1874. Sur toutes actions inten pour cause de rescision, les acquére ont le choix de rescinder la vente d'en obtenir la confirmation, en payan pleine valeur de la chose.
1875-1876. *Comme* 1117, C. F.

SECTION III. *De l'objet et de la matière des trats.*

1877 à 1881. *Comme* 1126 à 1130, C. F
1882. Néanmoins, une succession fut peut être l'objet d'un contrat de mari
1883. *Comme* 1119, C. F. — 1884. *Com* 1121.
1885. Un contrat doit avoir pour o une chose physiquement ou moralem possible.
1886. On considère comme moralem impossible ce qui est défendu par la ou contraire aux bonnes mœurs; ces c trats sont nuls. (1133, C. F.)

SECTION IV. *De la cause ou du motif du contr*

1887 à 1893. *Comme* 1131 à 1133, C. F.
1894. Si la cause exprimée dans le c trat n'existait pas, le contrat serait val

CODE SARDE.

; par-devant notaires, renfermant soit des ntrats, soit des disposins de dernière volon-, ne peuvent être proits en justice, ni être nployés à un autre usa-, s'ils n'ont été insinués ns la forme voulue par règlements en viur.

421. Les sentences et lonnances rendues sur s actes non insinués ne ront exécutoires, lors eme que le défaut d'inuation n'aurait été opsé, qu'après l'accomssement de cette forilité.

422. L'*insinuation* s'opre par le dépôt que fait notaire ou tout officier blic, dans le terme fixé r les lois sur la matiè-, d'une copie de l'acte 'il a reçu, aux archis établies pour cet obdans chaque district arrondissement d'insiation.

423. Outre les actes entionnés en l'art. 1412, nt aussi soumis à la forlité de l'insinuation, adjudications en faur du créancier, et les judications sur enchè- des biens immeubles réputés tels, même lles qui ont lieu parvant les tribunaux: les taments déposés dans archives des sénats des tribunaux, dès 'ils sont ouverts; les es de tutelle, de comation de tuteur, d'aption, d'émancipation: abilitation et de cau- nnement judiciaire; fin les délibérations des mmunes ou autres corrations, donnant pouir de souscrire en leur m quelque engageent, de passer quelques ntrats ou quittances, de faire quelque au- acte soumis à l'insiation.

1424. Sont dispensés de isinuation, bien que ssés par instrument blic :

° Les procurations *ad es;* les procurations éciales, lors même 'elles ont pour objet contrat ou un acte umis à l'insinuation; lles qui donnent pouir de représenter le nstituant dans les délirations des conseils de nille, des communes, d'autres corporations, ; actes portant consenment ou autorisation s pères, mères et au- s ascendants en faveur leurs descendants; du

CODE DU CANTON DE VAUD.

§ 5. Des actes confirmatifs.

994. *Comme* 1338, C. F.

SECTION II. *De la preuve testimoniale.*

995. Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes conventions, excédant, en capital, la somme ou valeur de huit cents francs, même pour dépôts volontaires. (1341, C. F.)

996. Il doit être passé acte devant notaire, de toute convention par laquelle on transfère la propriété d'immeubles ou de droits sur des immeubles.

997. Il ne sera reçu aucune preuve par témoins de toute convention dont l'objet excéderait la somme mentionnée en l'article 995, sauf les exceptions portées dans la loi.

998. Celui qui a formé une demande sur une convention excédant huit cents francs, ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive. (1342, C. F.)

999. La preuve testimoniale sur la demande d'une somme, même moindre de huit cents francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant, ou faire partie d'une créance plus forte, qui n'est point prouvée par écrit. (1344, C. F.)

1000-1001. *Comme* 1347 à 1348, C. F.

1002. Les autres règles sur la preuve testimoniale seront établies au Code de procédure civile.

SECTION III. *Des présomptions légales.*

1003 à 1005. *Comme* 1350 à 1352, C. F.

SECTION IV. *De l'aveu de la partie.*

1006 à 1008. *Comme* 1354 à 1356, C. F.

SECTION V. *Du serment.*

1009. *Comme* 1357, C. F.

§ I. Du serment décisoire.

1010. Il n'y a lieu ni à l'un ni à l'autre de ces serments dans toute cause dont le capital est

CODE HOLLANDAIS.

tenu, sur l'ordonnance du juge, d'en donner inspection et d'en laisser prendre copie ou extrait, d'après les formes prescrites par le Code de procédure civile.

1924-1925. *Comme* 1333-1334, C. F. *Il est ajouté :* La force de la preuve littérale réside dans l'original de l'acte.

1926. *Comme* 1335, C. F.

1927. La transcription d'un acte, sur les registres publics, ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit. (1336, C. F.)

1928. Les actes récognitifs dispensent de la représentation du titre primordial, si sa teneur y est spécialement relatée. (1337, C. F.)

1929 à 1931. *Comme* 1338 à 1340, C. F.

TITRE III.

DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

1932. La preuve testimoniale est admise dans tous les cas où la loi ne l'exclut pas.

1933. La preuve testimoniale n'est pas admise pour prouver l'existence de tout acte ou convention qui renferme, soit une obligation, soit une libération, lorsque l'objet surpasse la somme où la valeur de cent florins.

1934. Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux écrits, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent florins. (1341, C. F.)

1935. Les dispositions des deux articles précédents ne sont pas applicables aux affaires commerciales. (*Ibid.* 2e §.)

1936 à 1938. *Comme* 1342 à 1344, C. F.

1939-1940. *Comme* 1347-1348, C. F.

1941. Dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise, les dispositions suivantes seront observées.

1942. La déposition d'un seul témoin, dénuée de tout autre moyen de preuve, ne fait pas foi en justice.

1943. Lorsque les témoignages isolés de plusieurs personnes sur divers faits, concourent par leur réunion à établir

CODE AUTRICHIEN.

échus de tout ce qui se paye annuellement, ou des comptes antérieurs de négociants ou marchands, lorsqu'on produit des quittances postérieures.

1431. Celui qui par erreur, même de droit, a remis une chose non due, peut la répéter; et s'il s'agit d'une action, il peut exiger une somme en compensation du profit qui a été procuré. (1235, C. F.)

1432-1433. On ne peut se faire restituer contre le payement d'une dette prescrite ou nulle pour défaut de forme, ni contre le payement fait sciemment sans le devoir, à moins qu'il ne s'agisse d'un individu placé sous tutelle ou curatelle.

1434. On peut réclamer la restitution de ce qui a été payé, lorsque la créance est encore incertaine ou conditionnelle. Mais le payement anticipé d'une dette liquide et non conditionnelle ne peut être l'objet d'une répétition. (1186, C. F.)

1435. Celui qui a reçu des choses comme légitimement dues, peut être contraint à les restituer, lorsqu'il n'a pas de titre légal pour les retenir.

1436. Lorsque par erreur une personne qui avait le choix de donner de deux choses l'une, les donne toutes les deux, il a le droit de demander la restitution de l'une d'elles.

1437. Celui qui a reçu un payement par erreur, est regardé comme propriétaire de bonne ou de mauvaise foi, selon qu'il a eu connaissance de l'erreur ou qu'il l'a ignorée.

De la novation.

1376-1377. La novation s'opère lorsque l'objet ou la cause d'une dette est changée, sans l'intervention d'un tiers; dans ce cas l'obligation première est remplacée par la nouvelle. (1271, C. F.)

1378. Le droit de cautionnement et de gage attaché à l'obligation s'éteint par la novation. (1281, C. F.)

1379. Il n'y a pas novation lorsqu'on convient seulement de la manière d'accomplir des obligations existantes. Dans le doute, l'ancien contrat reste valide pour le cas où le nouveau ne le contredit pas.

CODE PRUSSIEN.

sieurs choses, on ne peut le faire annuler lorsque la mauvaise qualité de quelques-unes empêche l'usage du tout.

Au reste on trouvera des dispositions particulières aux différents genres de contrats.)

343. L'action en garantie pour cause de défauts substantiels doit être intentée : quand il s'agit de terres, dans l'espace de trois ans; pour des maisons, dans l'année; et pour des meubles, dans les six mois.

Quant aux défauts accidentels, l'action en garantie doit être exercée : pour les terres dans l'année, pour des maisons, dans six mois, et pour des meubles dans les trois mois de la livraison.

348. On peut renoncer à la garantie. (1627-1628, C. F.)

De la rescision.

349. Le dol ou la fraude donne à celui qui l'a souffert le droit ou de faire rescinder le contrat ou de l'exécuter, en demandant des dommages-intérêts. (1117, C. F.) Dans le premier cas l'auteur de la fraude, comme *possesseur de mauvaise foi*, restituera tout ce qu'il a reçu, ainsi que les profits et avantages qu'il a tirés du contrat.

357. S'il y a dol des deux côtés, le contrat reste valable, et aucune des parties n'aura le droit de demander des dommages-intérêts.

360. Si l'impossibilité d'exécuter le contrat provient du fait du promettant, il doit des dommages-intérêts.

Mais si cette impossibilité résulte du hasard ou de force majeure, le contrat reste sans effet, et on doit restituer ce qui a été reçu de part et d'autre. (1148, C. F.)

377-378. Si le but du contrat devient impossible à réaliser par suite de circonstances imprévues, les parties peuvent annuler leurs conventions, si aucune d'elles ne les a exécutées encore.

385 à 390. Un contrat peut être annulé par le consentement mutuel et verbal des parties, lorsqu'il n'a pas été exécuté, pourvu que l'acte écrit soit annulé.

Mais en cas d'annulation du contrat, ou si le contrat devant être exé-

CODE FRANÇAIS.

1238. Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement et capable de l'aliéner.

Néanmoins le payement d'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

1239. Le payement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le payement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, est valable, si celui-ci le ratifie ou s'il en a profité.

1240. Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé.

1241. Le payement fait au créancier n'est point valable, s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier.

1242. Le payement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants; ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier.

1243. Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.

1244. Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette, même divisible.

Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le payement, et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état.

1245. Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celles des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure.

1246. Si la dette est une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

1247. Le payement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le payement lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet.

Hors ces deux cas, le payement doit être fait au domicile du débiteur.

1248. Les frais du payement sont à la charge du débiteur.

§ 2. Du payement avec subrogation.

1249. La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye, est ou conventionnelle ou légale.

1250. Cette subrogation est conventionnelle,

1° Lorsque le créancier recevant son payement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques contre le débiteur. Cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le payement;

2° Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que dans la quittance il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier.

1251. La subrogation a lieu de plein droit :

1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques ;

2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ;

3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ;

4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.

1252. La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs; elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel.

§ 3. De l'imputation des payements.

1253. Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter.

1254. Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le payement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts; le payement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts.

1255. Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier.

1256. Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le payement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues; sinon, sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point.

CODE DE LA LOUISIANE.

si la partie prouvait qu'il y a eu une au
cause véritable et suffisante.

CHAPITRE III. *De l'effet des obligation*

SECTION I. *Dispositions générales.*

1895. *Comme* 1134, C. F.

1896. Un contrat dans lequel quelq
chose a été stipulé au profit d'un tiers
a signifié son acceptation, ne peut ê
révoqué sans son consentement.

1897-1898. *Comme* 1135, C. F.

SECTION II. *De l'obligation de donner.*

1899. Le mot *donner*, dans cette di
sion des obligations, s'applique seulem
aux choses corporelles. Les choses inc
porelles sont classées parmi les obli
tions de faire ou de ne pas faire.

1900. Un contrat qui a pour objet la
livrance d'un billet payable au porte
ou d'un billet à ordre déjà indossé, d
être placé dans la classe des obligations
donner; mais un contrat qui a pour ob
de transférer un billet à ordre non
dossé, ou toute autre créance qui requi
un acte de transport, est une obligati
de faire.

1901-1902. *Comme* 1136-1137, C. F.

1903. Si l'obligation consiste à livrer u
chose spécifiée; elle sera parfaite pa
seul consentement des parties Elle re
le créancier propriétaire, et quoique
chose ne lui soit pas livrée, elle la me
ses risques dès l'instant de l'obligation
le contrat est un de ceux qui sont tra
latifs de propriété. (1138, C. F.)

1904. Mais si le débiteur de la chose
en demeure faute de l'avoir livrée, elle
à ses risques du moment de cette mise
demeure.

1905. Le débiteur peut être mis en
meure de trois manières :

1° Par les termes du contrat;

2° Par un acte de poursuite de la part

3° Par l'effet de la loi; ce qui a lieu lo
que la violation seule du contrat est
clarée par la loi constituer le débiteur
demeure. (1139, C. F.)

1906. La mise en demeure dans les co
trats qui consistent à donner, a l'effet
mettre la chose aux risques du débite
de faire courir les fruits ou les reven
et de donner le droit de réclamer la ré
lution du contrat, ainsi que des dom
ges-intérêts.

1907. Dans les contrats où les obligati
sont réciproques, la partie qui veut m
tre l'autre en demeure, doit, de son cô
exécuter les obligations.

1908. Dans tous les cas, la partie
veut mettre l'autre en demeure, doit ê
prête à recevoir la chose, objet du co
trat, et offrir même de la recevoir a
temps et lieux stipulés.

1909. Si l'objet qu'on a promis de don
n'est pas une chose spécifiée, elle n'
aux risques du créancier que lorsqu'il
en demeure de recevoir.

1910. Mais lorsque l'objet du contr
quoique indéterminé, fait partie d'
tout déterminé et certain, si ce tout
perdu ou détruit avant sa délivrance
perte tombe sur le créancier de la ch
vendue.

1911. Dans ce cas il faut que l'intent
des parties ait été restreinte à la ch
décrite, et n'ait pas eu pour objet d'
tres choses de la même espèce.

1912 à 1914. La chose est aux risques

CODE SARDE.

ari en faveur de la fem-e, pour les actes à rai-n desquels la loi exige consentement ou cette ...rication; l'acte par quel un accusé donne ...ution de se représenter n justice;

2° Les procès-verbaux attestation, et les actes cautionnement des éco-omes établis dans les in-...ances d'ordre;

Les procurations spé-...ales, ainsi que les actes ...ortant consentement ou ...torisation, et que le ...ésent article dispense ...e l'insinuation, seront ...nexées à la minute ...iginale de l'acte public ...'ils ont eu pour objet.

1425. Les titres sous ...ing privé peuvent être ...sinués sur la demande ... l'une des parties, ...oique cette formalité ...ait pas été convenue: ...le a pour objet de don-...r à ces titres une date ...rtaine, et d'en assurer ... conservation dans les ...chives de l'insinuation. Cette insinuation devra ...opérer au bureau dans ...rrondissement duquel ... trouve le lieu où le ...ntrat a été passé, ou ...ns lequel l'une des par-...es a son domicile, ou ...ême au bureau établi ...ns la ville où siége le ...ibunal dans le ressort ...quel se trouvent situés ...s lieux susdits.

1426. Les contrats, actes ... écrits passés en pays ...ranger ne peuvent être ...nployés dans les États ...ns avoir été insinués, ...rsque, d'après leur na-...re ou leur objet, ils ...nt assujettis à cette for-...alité.

Elle devra être remplie ...ns le terme fixé par les ...glements en vigueur, ...rsque ces actes porte-...nt transmission de pro-...iété ou d'usufruit, à ...elque titre que ce soit, ...mmeubles situées dans ... États.

1427. A l'égard des con-...ats, actes et écrits dont ...est parlé dans l'article ...écédent, l'insinuation ...it être faite:

Relativement à ceux ...i renferment quel-...'une des conventions ...oncées au n° 1er de ...rt. 1412, au bureau éta-... dans la ville où siége ... tribunal dans le ressort ...quel sont situés les ...ens qui forment en tout ... en partie l'objet de ...s conventions:

Relativement aux au-...es, au bureau de l'une

CODE DU CANTON DE VAUD.

au-dessous de vingt francs.

1011-1012. *Comme* 1358-1359, C. F.

1013. Il ne peut être déféré si le fait dont il s'agit peut attirer à celui qui devrait prêter le serment, une peine criminelle ou correctionnelle.

1014-1015. *Comme* 1361-1362, C. F.

1016. *Comme* 1364, C. F.

1017. Lorsqu'une partie a prêté le serment, ou seulement consenti à le prêter, il n'est plus permis d'entreprendre aucune autre preuve sur le même fait et en opposition à ce serment.

Il n'y a exception à cette règle, que lorsque la fausseté du serment vient à être prouvée suivant les lois de la procédure criminelle.

1018. *Comme* 1365, C. F.

Le 2e § de l'article 1365, C. F., relatif au serment déféré au débiteur par un des créanciers solidaires, qui ne libère que pour la part de ce créancier, *est supprimé.*

§ 2. Du serment déféré par le juge.

1019. Lorsqu'un homme de bonne fame a tenu ses registres domestiques dans un ordre exact, en forme de journal, date après date, sans ratures ni blancs suspects, et exactement paginés par première et dernière, le juge pourra lui déférer le serment sur la vérité de la dette ou de la quittance qui y est inscrite, pourvu que l'objet ne concerne que les détails de son économie domestique, tels que reçus d'intérêts, payements de comptes de ménage, et qu'il ne soit pas question de la constitution ou de la quittance du capital.

1020. Lorsque le livre d'un marchand est tenu dans les formes prescrites par l'article précédent, le juge peut déférer le serment à ce marchand sur la vérité de la dette qui y est inscrite, sauf les dispositions qui seront prises à ce sujet par le Code de commerce.

1021. Ce serment ne peut être référé à la partie par celui qui a fait l'inscription.

CODE HOLLANDAIS.

une chose en général, il est laissé à la prudence du juge de donner à ces témoignages isolés telle force que les circonstances exigeront.

1944. Tout témoignage doit être basé sur la connaissance des faits. Les opinions des témoins ou les conséquences d'un fait ne sont pas des témoignages.

1945. Le juge pèsera soigneusement la confiance que les témoins méritent par leur vie, leurs mœurs, l'état qu'ils exercent, etc.; il s'assurera s'ils peuvent avoir des intérêts dans l'affaire, et si leurs dépositions s'accordent entre elles et avec les autres preuves existantes.

1946. Toute personne habile à être témoin doit déposer en justice.

Néanmoins pourront se récuser:

1° Les parents ou alliés au deuxième degré;

2° Les parents du conjoint en ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré;

3° Ceux qui, par leur état, doivent garder le secret, et cela uniquement pour les affaires relatives à leur état.

1947. Sont inhabiles à être témoins les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint, même divorcé.

1948. Le témoin jurera, ou promettra, selon le rite de sa religion, de dire la vérité.

1949. Les individus au-dessous de quinze ans révolus pourront être entendus; mais ils ne prêteront pas serment, et le juge aura à leur déposition tel égard que de raison.

Il en sera de même des interdits ayant des intervalles lucides. Mais ces interdits pourront être entendus à titre de renseignement.

1950. Le témoin pourra être reproché:

1° S'il est parent ou allié en ligne collatérale de l'une ou de l'autre des parties jusqu'au quatrième degré inclusivement;

2° S'il est allié du conjoint de l'une des parties, indéfiniment si c'est dans la ligne directe; et jusqu'au quatrième degré inclusivement si c'est dans la ligne collatérale;

3° S'il est héritier pré-

CODE AUTRICHIEN.

1380. La novation par laquelle des droits contestés ou douteux sont réglés, s'appelle *transaction*: c'est un contrat bilatéral. (2044, C. F.)

De la compensation.

1438-1439. La compensation s'opère de plein droit s'il y a des deux côtés des dettes liquides, exigibles et de la même nature. (1291, C. F.)

921. Elle s'établit dans les contrats à titre onéreux de choses à choses, d'actions à actions, et de choses à actions, ou d'actions à choses.

1440. On ne peut pas offrir en compensation les choses usurpées, empruntées ou reçues en dépôt. (1294, C. F.)

1442. Si la dette a été cédée plusieurs fois, le débiteur peut donner en compensation ce que le dernier cessionnaire lui doit, et ce que le créancier primitif lui devait avant la cession.

1443. La compensation n'a lieu contre une dette hypothécaire que lorsque la créance reconventionnelle a été inscrite en marge de l'inscription, ou lorsque le cessionnaire a été informé de la créance opposée lors de la cession.

De la confusion.

1445. La dette s'éteint lorsque le droit et l'obligation sont réunis sur la même tête, sauf le cas où le créancier peut demander la séparation de ses droits. (802-812.)

802-812. Ainsi la succession du débiteur aux biens de son créancier n'opère aucun changement dans les droits des créanciers de la succession, des cohéritiers ou légataires; et les droits du créancier ne sont pas changés par la succession entre le débiteur et les cautions. (1300, C. F.)

1446. Pour que les droits et obligations inscrits sur le registre public (469-526) soient éteints par leur réunion dans la même main, il faut qu'ils soient radiés.

De la perte de la chose due.

1447. La perte totale et fortuite d'une chose éteint toute obligation, même jusqu'à l'engagement d'en payer le prix. Mais jamais le débiteur ne pourra profiter de la perte éprouvée par le créancier. (1302, C. F.)

CODE PRUSSIEN.

cuté, d'autres conditions sont stipulées, il y a lieu à recourir à une rédaction écrite.

393. La non-exécution de l'une des parties ne donne pas à l'autre le droit de faire annuler le contrat, mais seulement de demander des dommages-intérêts.

396. Si une partie refuse d'exécuter un contrat sous prétexte d'inexécution de l'autre partie, et qu'elle succombe dans sa demande, cette dernière aura le choix de réclamer ou l'exécution du contrat ou des dommages-intérêts; si l'arrêt au contraire, lui est favorable, c'est la partie demanderesse qui aura ce choix.

414. Les contrats comme les obligations peuvent être modifiés ou annulés par transaction, remise, etc.

415. La mort de l'une des parties ne change rien en règle générale à l'exécution du contrat; les héritiers en sont tenus. (1122, C. F.)

416. Néanmoins le contrat est nul lorsque son objet consistait dans un fait dépendant de la capacité ou d'une relation personnelle à l'une des parties morte avant qu'il n'ait reçu aucun commencement d'exécution: dans ce cas on sera tenu de rendre ce qu'on aura reçu.

De la solidarité.

424. Si plusieurs personnes se sont obligées dans le même acte, elles répondent toutes solidairement de l'exécution du contrat, à moins de clause contraire, ou de l'évidence de l'intention des parties, ou de la fixation des engagements de chacun. (1202, C. F. *diff.*)

430. L'ayant droit peut demander l'exécution entière à l'un des débiteurs, qui aura son recours contre ses coobligés sans pouvoir retarder l'accomplissement de l'obligation. (1203-1213-1214, C. F.)

435-438. Ce qui a été fait par un des obligés, profite à tous; mais ses actes ne pourront leur nuire.

443. Dans le cas où l'obligation mutuelle ne résulterait ni du contrat, ni de la nature de l'affaire, les coobligées ne seront tenus qu'à parts égales et non solidairement.

CODE FRANÇAIS.

Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne : toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

§ 4. Des offres de payement, et de la consignation.

1257. Lorsque le créancier refuse de recevoir son payement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte.

Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu à son égard de payement, lorsqu'elles sont valablement faites ; et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier.

1258. Pour que les offres réelles soient valables, il faut,

1° Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui ;

2° Qu'elles soient faites par une personne capable de payer ;

3° Qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire ;

4° Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier ;

5° Que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée,

6° Que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le payement, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention ;

7° Que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes.

1259. Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge ; il suffit,

1° Qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée ;

2° Que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt ;

3° Qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir ou de sa non-comparution, et enfin du dépôt ;

4° Qu'en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié avec sommation de retirer la chose déposée.

1260. Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables.

1261. Tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer ; et s'il la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés.

1262. Lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée, qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions.

1263. Le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation après qu'elle a été déclarée valable par un jugement qui a acquis force de chose jugée, ne peut plus pour le payement de sa créance exercer les privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés : il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée aura été revêtu des formes requises pour emporter hypothèque.

1264. Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci pourra obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu.

§ 5. De la cession de biens.

1265. La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes.

1266. La cession de biens est volontaire ou judiciaire.

1267. La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur.

1268. La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation contraire.

1269. La cession judiciaire ne confère point la propriété aux créanciers ; elle leur donne seulement le droit de faire vendre les biens à leur profit, et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente.

1270. Les créanciers ne peuvent refuser la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi.

Elle opère la décharge de la contrainte par corps.

Au surplus, elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés ; et dans le cas où ils auraient été insuffisants, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'au parfait payement.

SECTION II. *De la novation.*

1271. La novation s'opère de trois manières :

1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;

2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ;

CODE DE LA LOUISIANE.

débiteur si le contrat est parfait et tran
latif de propriété.
1915. Si l'acquéreur d'un bien-fon
laisse le vendeur en possession penda
un temps trop prolongé, et qu'il puisse
résulter du préjudice pour les tie
cette tolérance serait une présomption
fraude, qui soumettrait le premier acq
reur à l'obligation de justifier de sa bon
foi.
1916. Si le vendeur d'un meuble est re
en possession et en transfère la propri
par un second contrat à une autre p
sonne qui en obtienne la possession av
le premier acquéreur, le second acq
reur sera considéré comme en étant
propriétaire, pourvu que le contrat
été fait de bonne foi de sa part.
1917. La chose mobilière vendue et n
livrée peut être saisie sur le vendeur
frappée d'opposition par ses créanciers
1918. La loi détermine ce qu'on doit c
sidérer comme délivrance de la poss
sion.
1919. Si le contrat n'est pas translatif
propriété, mais donne un droit à la jo
sance temporaire de la chose, le seul c
sentement des parties suffit pour la tra
mission.

SECTION III. *Des obligations de faire ou de ne faire.*

1920-1921. Dans le cas d'inexécution d'
contrat qui contient une obligation
faire ou de ne pas faire, celui en fave
duquel l'obligation est contractée p
demander des dommages-intérêts ; o
cette indemnité est insuffisante, requé
l'exécution du contrat, à son choix,
dans tous les cas des dommages-intér
1922. *Comme* 1143, C. F.
1923. Si l'obligation est de ne point fa
celui en faveur duquel elle est contrac
peut, en prouvant que l'obligé a tenté
faire l'acte prohibé, demander qu'i
soit mis empêchement.

SECTION IV. *Des dommages qui résultent l'inexécution des obligations.*

1924. La partie qui viole un contrat d
comme suite de son obligation, le pa
ment des dommages que l'autre pa
souffre par sa faute.
1925. Un contrat peut être violé,
activement en faisant quelque chose d'
compatible avec l'obligation, ou pass
ment en ne faisant pas ce dont on
convenu.
1926. Lorsque le contrat a été violé d'
manière active, il est dû des domma
du moment de la contravention, sans m
en demeure du débiteur.
1927. Lorsque la violation a été passi
les dommages ne sont dus que du mom
de la mise en demeure, sauf les exc
tions suivantes :
1° La mise en demeure est inutile lo
que la chose ne pouvait être, par sa
ture, donnée ou faite que dans un cert
temps qui s'est écoulé, ou sous des c
constances qui n'existent plus.
2° 1148, C. F. *Il est ajouté :* à moins q
la partie n'eût pris sur elle les cas fort
ou de force majeure, ou qu'elle ne les
occasionnés par sa faute.
Mais si les cas fortuits surviennent p
dant que le débiteur était en retard
délivrer, il ne répondra pas de la pe
de la chose, mais seulement du retard
la livraison.

CODE SARDE.

es villes où siége un tribunal de judicature mage.

§ 3. Des actes sous seing privé.

1428. L'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a entre ceux qui sont souscrit ou *sous-marqué*, comme il sera expliqué ci-après, et entre leurs héritiers et ayant cause, la même foi que l'acte public. (1322, C. F.)

1429. Celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. *Si l'acte présente seulement la marque d'une partie qui a déclaré ne savoir signer, elle est obligée d'avouer ou de nier avoir apposé cette marque.*

Ses héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur, *et qu'ils ignorent si la marque a été apposée par lui.* (1323, C. F.)

1430. Dans le cas où la partie désavoue son écriture, sa signature ou *sa marque*, et dans le cas où les héritiers et ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice. (193 et suiv. *C. proc. franç.*)

1431. Bien que l'acte sous seing privé ait été reconnu ou soit tenu pour reconnu, celui auquel on l'oppose peut attaquer la convention qu'il renferme par tous les moyens de droit, sans qu'il soit besoin à cet égard d'une réserve dans l'acte de reconnaissance.

1432. *Comme* 1325, C. F. *Il est ajouté :*

S'il n'y a pas eu autant d'originaux que de parties contractantes, ou si mention n'a pas été faite du nombre des originaux, la convention synallagmatique peut simplement servir de commencement de preuve par écrit, lorsqu'elle est signée par les parties.

1433. Si les parties ou l'une d'elles ne savent ou ne peuvent lire ni écrire, l'acte sous seing privé n'est valable qu'autant qu'on y fait intervenir trois témoins, dont deux sachent écrire et signent les originaux, et qu'on y fait apposer la marque des contractants et du témoin qui ne savent pas signer. Sans l'accomplissement de ces formalités, l'acte ne fait aucune preuve.

1434. Le billet ou la promesse sous seing privé, par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit, ou du moins il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose.

Si celui qui s'oblige ne sait ou ne peut écrire de sa main le *bon* ou *approuvé*, l'acte doit être souscrit et sous-marqué, comme il est dit dans l'article précédent; le *bon* ou *approuvé* doit en outre y être écrit par l'un des témoins signataires.

La disposition du présent article ne s'applique point aux promesses des marchands pour les affaires de leur commerce. (1326, C. F.)

1435 à 1440. *Comme* 1327 à 1332, C. F.

§ 4. Des tailles.

1441. *Comme* 1333, C. F.

§ 5. Des copies des actes, soit publics, soit sous seing privé.

1442. Les copies des actes publics font la même foi que l'original lorsqu'elles ont été tirées sur la minute et certifiées par le notaire ou autre offi-

CODE HOLLANDAIS.

somptif, ou donataire, serviteur ou domestique de l'une des parties, ou s'il a un intérêt direct ou indirect dans la contestation;

4° S'il est en état d'accusation, s'il a été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même correctionnelle pour vol ou escroquerie.

1951. Cependant dans les contestations relatives à l'état civil, les parents, alliés, serviteurs et domestiques ne seront ni inhabiles, ni reprochables de ce chef.

TITRE IV.

DES PRÉSOMPTIONS.

1952. *Comme* 1349, C. F. *Il est ajouté :*

Les présomptions sont de deux espèces : les présomptions légales, et celles qui ne sont point établies par la loi.

1953-1954. *Comme* 1350-1351, C. F.

1955. Un jugement en matière de crime ou délit, devenu exécutoire, vaut preuve du fait au civil, sauf la preuve contraire.

1956. L'acquittement devant les tribunaux criminels ou correctionnels ne détruit pas l'action en dommages-intérêts.

1957. Les jugements sur les questions d'état, rendus avec le *contradicteur légitime*, ont leur effet contre toute autre personne.

1958-1959. *Comme* 1352-1353, C. F.

TITRE V.

DE L'AVEU.

1960. *Comme* 1354, C. F.

1961. L'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait. (1356, C. F.)

Néanmoins, il est laissé à la prudence du juge de diviser l'aveu, si le débiteur, pour sa libération, allègue des faits dont la fausseté pourrait être prouvée.

1962. L'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait en personne, ou par son fondé de pouvoir spécial.

1963. *Comme* 1356, dernier §, C. F.

1964. *Comme* 1355, C. F.

1965. Dans les matières où la preuve testimoniale est admissible, il est laissé à la prudence du juge de déterminer l'effet de l'aveu extrajudiciaire.

CODE PRUSSIEN.

447. Le dommage résultant de la non-exécution d'un des coobligés sera réparti entre les autres également et à parts égales.

450. Si quelqu'un s'est obligé envers plusieurs personnes, les cointéressés ne pourront exercer ce droit qu'en commun.

(Tit. XVI. Part. I.)

De l'extinction des obligations.

23. La perte de la chose éteint tous les droits qui y étaient attachés, à moins qu'il ne s'en forme une nouvelle sur laquelle ces droits puissent être exercés. (1302, C. F.)

7. Les droits s'éteignent encore par la prescription, par sentences judiciaires et par les faits et événements qui annulent l'obligation. (1234, C. F.)

10. Toutes les obligations cessent par leur accomplissement.

14. S'il est impossible de remplir une obligation, le débiteur n'en est tenu qu'autant qu'il profite de l'inexécution : cependant, il en serait autrement si l'impossibilité provenait de son fait.

20. Lorsque l'époque de l'exécution n'a été fixée ni par le contrat, ni par le juge, ni par la loi, l'ayant droit mettra en demeure le débiteur par une sommation ; et si le lieu de l'exécution n'a pas été déterminé, elle sera opérée au domicile du débiteur. (1247, C. F.)

Du payement.

28. L'exécution ou l'acquittement de l'obligation du débiteur soit en argent, soit en papier au porteur, s'appelle *payement.*

30 à 34. Le payement ne peut être fait valablement qu'au créancier ou à quelqu'un muni de ses pouvoirs. Le débiteur peut être obligé par sentence judiciaire à payer à un tiers; mais jamais le juge ne peut aggraver l'obligation du débiteur. (1239, C. F.)

37. Le payement ne peut pas être fait valablement à un créancier qui n'a pas la libre administration de ses biens, si le débiteur a connu ou dû connaître cette incapacité. (1241, C. F.)

40. L'incapacité de recevoir valablement un payement, n'entraîne pas celle de réaliser des payements d'une manière valable, à moins qu'ils n'aient été faits par erreur. (*V. art.* 167 *plus bas.*)

43-46. Celui qui paye pour un tiers acquiert en général et sans cession expresse les droits du créancier sur le débiteur, sauf toutefois le cas où le créancier et le débiteur se seraient opposés à ce payement, et si la créance acquittée emporte par sa nature des priviléges, une caution ou un gage.

56. Le créancier ne peut pas être contraint d'accepter, soit partiellement, soit en totalité, un payement avant l'échéance.

60. Dans quelques cas néanmoins, le juge peut accorder des délais dans l'intérêt du débiteur. (1244, C. F.)

61. Les pensions alimentaires doivent toujours être payées d'avance, et faute de conventions, tous les trois mois : on ne peut pas exercer de répétition si le pensionnaire mourait après avoir reçu son trimestre.

64. Le débiteur en retard de réaliser son payement, doit les intérêts du capital, à moins que le créancier ne lui ait expressément accordé un délai.

72. Le créancier ne peut accepter en payement ce qu'il sait ne pas appartenir à son débiteur. (1238, C. F.)

76. Faute de convention expresse, chaque payement doit être opéré en argent prussien ayant cours à l'époque de l'échéance du contrat.

CODE FRANÇAIS.

3º Lorsque par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

1272. La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter.

1273. La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.

1274. La novation par la substitution d'un nouveau débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.

1275. La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.

1276. Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.

1277. La simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place n'opère point novation.

Il en est de même de la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui.

1278. Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

1279. Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur.

1280. Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette.

1281. Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés.

La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions.

Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement.

SECTION III. *De la remise de la dette.*

1282. La remise volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur fait preuve de la libération.

1283. La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire.

1284. La remise du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre à l'un des débiteurs solidaires, a le même effet au profit de ses codébiteurs.

1285. La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces dernie

Dans ce dernier cas il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

1286. La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette.

1287. La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions;

Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal;

Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres.

1288. Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

SECTION IV. *De la compensation.*

1289. Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes de la manière et dans les cas ci-après exprimés.

1290. La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

1291. La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui sont également liquides et exigibles.

Les prestations en grains ou denrées non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles.

1292. Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation.

1293. La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas :

1º De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé;

2º De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage;

3º D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

1294. La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal;

Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

CODE DE LA LOUISIANE.

1928. *Comme* 1140, C. F. *Il est ajouté* lorsque l'objet du contrat consiste dan toute autre chose que le payement d'un somme d'argent.

1º et 2º *Comme* 1150-1151, C. F.

3º Il est des cas où des dommages peuvent être accordés sans calculer la perte pécuniaire ou la privation du gain : comme s'il s'agissait d'une jouissance purement intellectuelle, telle que celles qui tiennent à la religion, à la morale, au goût à la commodité et autres choses non appréciables

4º Le créancier n'aura droit à aucun dommage, s'il a empêché l'exécution du contrat ou s'il a eu connaissance de fait qui devaient empêcher son exécution;

5º *Comme* 1152, C. F. *Il est ajouté :*

Néanmoins si le contrat est exécuté e partie, les dommages dont les contractant sont convenus peuvent être réduits à l perte qui a été réellement soufferte et a gain dont la partie a été privée.

1929-1930. *Comme* 1153, C. F.

1931. Dans les contrats où un intérê conventionnel est stipulé, cet intérêt es dû, sans aucune demande, du jour où a été convenu qu'il devra courir.

1932. Dans les contrats qui ne stipulen point d'intérêts, ils sont dus du momen où le débiteur est mis en demeure pou le payement de la dette principale.

1933. Lorsque la somme est due pour de biens qui produisent des fruits ou reve nus, l'intérêt est dû depuis le moment o la dette principale était payable, san aucune demande. — 1934. *Comme* 1154 C. F.

1935. Dans le cas où aucun intérêt con ventionnel n'a été stipulé, c'est l'intérê légal existant au temps où le défendeur été mis en demeure qui sera dû.

1936. La caution recevra des intérê sur la totalité de la somme qu'il aura payé sans aucune demande.

1937. L'intérêt sur les contrats à la gross aventure peut excéder le taux légal o conventionnel.

1938. *Comme* 1150, C. F. — 1939. *Comm* 1155. C. F.

SECTION V. *De l'interprétation des convention*

1940. *Comme* 1134, C. F.

1941. Les termes d'un contrat, ou de l loi, doivent être entendus dans leur a ception générale et vulgaire.

1942. Les termes de l'article doivent êt interprétées suivant leur acception reçu (234, Ire *partie*, *tit*. 5, *C. Prussien*.)

1943 et 1944. En cas de doute sur le se des termes, ou dans les clauses d'un co trat, on doit se reporter ou à des term semblables employés dans le contrat, à d'autres conventions intervenues ent les mêmes parties.

1945 à 1950. *Comme* 1156 à 1161, C. F.

1951. La manière dont les deux parti ont exécuté le contrat est encore u règle d'interprétation.

1952. *Comme* 1162, C. F.

1953. Si le doute provient du défa d'explication, de la négligence ou de faute d'une partie, l'acte s'interprète en faveur de l'autre contractant.

1954. *Comme* 1163, C. F.

1955. Quand l'objet du contrat est composé de diverses parties, la dénom nation donnée au tout comprendra tout les parties qui forment ce tout.

1956-1957. *Comme* 1164, C. F.

CODE SARDE.	CODE HOLLANDAIS.	CODE PRUSSIEN.

CODE SARDE.

r public qui a reçu ces actes, ou par celui qui légalement autorisé à en délivrer des copies hentiques.

443. Il en est de même, quant à ceux de ces es qui sont soumis à l'insinuation, des copies l'insinuateur en délivre dans les cas prévus par règlements, et qu'il tire sur la copie authenue qui a été dépo.ée aux archives de l'insinuan par le notaire ou autre officier public, à qui la impose cette obligation.

444. Dans les cas prévus par les articles précéts, les parties ne peuvent point demander l'apt au tribunal, de la minute ou de la copie déposée archives de l'insinuation; mais elles peuvent nander que la copie produite soit collationnée la minute si elle existe; à défaut, sur la copie posée aux archives de l'insinuation.

445. A défaut de la minute et de la copie dépoà l'insinuation, les copies authentiques délies conformément aux articles 1442 et 1443 font ine foi, pourvu qu'elles ne présentent ni altéran, ni aucun motif de suspicion.

446. Les copies dont il est parlé dans l'article cédent peuvent tenir lieu de l'original, à l'effet n tirer d'autres copies si elles se trouvent dans registres des bureaux des hypothèques ou dans utres registres publics. Il en est de même de les qui, étant entre les mains de quelque parulier, sont, par autorité de justice, déposées aux hives de l'insinuation, du consentement des inessés, ou après due citation.

447. Les copies qui, à défaut de l'original et de copie déposée à l'insinuation, ont été tirées par officiers publics sans qualité pour le faire, ne t aucune foi, à moins qu'il ne s'agisse de copies titres anciens faites depuis plus de trente ans: is ce cas elles peuvent servir d'indication ou de mmencement de preuve plus ou moins forte, vant les circonstances. (1335, C. F.)

es copies qui sont simplement transcrites sur registres publics ne peuvent servir que de comncement de preuve par écrit. (1336, C. F.)

448. Hors les cas spécifiés dans les deux articles cédents, les copies des copies ne font aucune (1335, § 4, C. F.)

449. Les copies authentiques des actes sous seing vé, tirées des originaux que les parties ou l'une les ont déposés aux archives de l'insinuation, t la même foi que l'original lorsqu'elle ont été s par ordre de la justice, et après que les situres en ont été légalement reconnues, sans judice cependant du droit d'en demander la ation avec l'original.

§ 6. Des actes récognitifs et confirmatifs.

450. L'acte récognitif fait preuve contre le débir, ses héritiers et ayants droit, à moins que ıx-ci par la représentation du titre primordial prouvent qu'il y a eu dans l'acte récognitif err ou augmentation de la dette primitive. (1335, C. F.)

il y a plusieurs actes récognitifs, le plus ent doit prévaloir. (1337, C. F. *diff.*)

451. *Comme* 1338, C. F. *Il est ajouté :*

es dispositions du présent article ne s'appliènt point à l'action en rescision qui est fondée la lésion.

452-1453. *Comme* 1339-1340, C. F.

SECTION II. *De la preuve testimoniale.*

454. Il n'est reçu aucune preuve par témoins ne convention dont l'objet ou la valeur excède omme de *trois cents livres*, même pour dépôts ntaires; cette preuve n'est pas non plus adsible contre et outre le contenu aux actes, ni ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une nme ou valeur moindre de trois cents livres. e tout sans préjudice de ce qui est prescrit s les lois relatives au commerce. (1341, C. F.)

CODE HOLLANDAIS.

TITRE VI.

DU SERMENT JUDICIAIRE.

1966. *Comme* 1357, C. F.

1967. Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, excepté celles sur lesquelles les parties ne peuvent transiger, ou dans lesquelles l'aveu de la partie ne peut être pris en considération. (1358, C. F.)

Le reste comme 1360, C. F.

1968. *Comme* 1359, C. F.

1969-1970. *Comme* 1361-1362, C. F.

1971. Le serment ne peut être déféré, référé ni accepté que par la partie elle-même, ou par son fondé de pouvoir spécial et authentique.

1972. *Comme* 1364, C. F.

1973. *Comme* 1363, C. F.

1974 à 1978. *Comme* 1365 à 1367; C. F.

1979. *Comme* 1369, C. F.

1980. *Comme* 1368, C. F.

1981. Le serment doit être prêté devant le tribunal saisi de la contestation.

En cas d'empêchement légitime, le tribunal peut commettre un de ses membres, qui se rendra à la demeure de celui dont il doit recevoir le serment.

Si son domicile est éloigné du siége du tribunal, ou hors de son ressort, un autre juge peut être délégué à cet effet.

1982. Le serment doit être prêté par la personne elle-même. Pour des causes graves, cependant, le tribunal pourra autoriser la partie à prêter le serment par un fondé de pouvoir spécial et authentique. Cet acte contiendra tous les faits relatifs au litige.

Tout serment doit être prêté en présence de la partie adverse, ou elle dûment appelée.

CODE PRUSSIEN.

86. Celui qui a fait un payement, peut en demander quittance; cette quittance doit indiquer, pour être parfaite: 1° la dette éteinte; 2° le nom du débiteur; 3° le lieu et l'époque du payement; 4° la signature du créancier, ou de son fondé de pouvoir légal. Ce qui ne résulte pas des termes de la quittance, doit être prouvé par les débiteurs. Ceux qui ne savent pas écrire doivent, en présence de deux témoins, si la dette est de plus de 50 écus, et d'un seul témoin lorsqu'elle est au-dessous, marquer leurs quittances d'une croix ou de tout autre signe à leur usage. (1341, C. F., *diff.*)

97. Lorsque le titre est en la possession du débiteur, cette circonstance à elle seule ne fait pas preuve du payement, à moins qu'il ne s'agisse de lettres de change.

Cependant si le créancier a rendu son titre, il doit prouver que la remise qu'il en a faite a un motif différent de celui de la libération. (1282, C. F.)

Si ce titre trouvé dans la succession du créancier était rayé ou déchiré, il y aurait alors présomption de l'extinction de la dette, à moins qu'il ne fût établi que cette lacération a été l'effet du hasard.

104. Une quittance en bonne forme décharge le débiteur, à moins que celui qui l'a délivrée ne prouve qu'il n'a pas été payé. (1315, C. F.)

108. Des contre-lettres rendent une quittance entièrement nulle, sauf les droits des tiers.

125. Le débiteur qui a payé peut, outre une quittance en due forme, demander encore le titre de sa dette.

133. Lorsque dans des payements successifs, le payement de deux termes aura été accepté sans réserve par le créancier, il y a présomption que les termes antérieurs ont été payés.

146. Mais si l'obligation ne consiste pas en payements à terme, la quittance de la dette la plus récente ne fait pas présumer le payement de la dette plus ancienne, à moins qu'il ne s'agisse des comptes annuels des marchands, artisans, etc.

153. Lorsqu'un payement a été fait sans indication de la dette à éteindre, on l'imputera d'abord sur les frais et intérêts dûs. (1254, C. F.)

160. On peut faire un payement et se réserver en même temps par écrit ou dans la quittance ses droits contre la validité de la créance elle-même, sinon, on n'est plus admis à la répéter.

167. L'erreur provenant de celui qui a reçu le payement, autorise celui qui l'a fait à le répéter. (1235, C. F.)

170. Le payement fait par un incapable peut être répété si l'incapable n'était pas obligé à la dette.

172. Le payement d'une obligation prohibée par les lois ne'st pas sujet à répétition; mais le fisc a le droit de confisquer le gain illicite. (1131-1133, C. F. *diff.*)

179. Lors même que celui qui a fait le payement n'aurait été débiteur qu'en vertu d'une obligation imparfaite, son action en répétition ne serait point admise.

185. Celui qui paye sciemment les dettes d'un autre ne peut pas répéter contre le créancier ce qu'il a payé. (1236, C. F.)

De la consignation.

213. La consignation judiciaire a les mêmes effets que le payement; elle peut être autorisée lorsque le créancier est absent ou lorsque son mandataire n'a pas les pouvoirs suffisants, ou enfin lorsque le créancier refuse le payement pour une cause douteuse. Dans ces cas les risques sont à la charge du créancier. (1257, 1259, C. F.) (*Au reste, il y a une ordonnance particulière sur les consignations.*)

De la dation en payement.

235. Si le créancier a accepté une chose à la place

CODE FRANÇAIS.

1295. Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.

A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.

1296. Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut supposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

1297. Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit pour la compensation les règles établies pour l'imputation par l'article 1256.

1298. La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi, celui qui étant débiteur est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation.

1299. Celui qui a payé une dette qui était de droit éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir au préjudice des tiers des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.

SECTION V. *De la confusion.*

1300. Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances.

1301. La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions;

Celle qui s'opère dans la personne de la caution n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale;

Celle qui s'opère dans la personne du créancier, ne profite a ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur.

SECTION VI. *De la perte de la chose due.*

1302. Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure.

Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée.

Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.

De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix.

1303. Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue; sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.

SECTION VII. *De l'action en nullité ou en rescision des conventions.*

1304. Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage.

Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité.

1305. La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions; et en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.*

1306. Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu.

1307. La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution.

1308. Le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art.

1309. Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validitù de son mariage.

1310. Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit.

1311. Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution.

1312. Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit.

1313. Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions exprimés dans le présent Code.

1314. Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant l'interdiction.

CODE DE LA LOUISIANE.

SECTION VI. *De l'obligation d'exécuter comme s du contrat tout ce que l'équité, l'usage ou l peut exiger.*

1958. Quand l'intention des parties évidente et licite, aucune loi ne p éteindre ou restreindre l'effet de c intention.

1959. L'équité, l'usage ou la loi ne p vent suppléer qu'aux cas sur lesquels peut supposer que les parties n'ont ga le silence qu'en raison de ce qu'elles vaient qu'il y serait suppléé par moyens. (1159, C. F.)

1960. L'équité dont il est question fondée sur le principe religieux de point faire à autrui ce que nous ne v drions pas qu'on nous fît, et de ne p s'enrichir aux dépens d'autrui.

1961. On entend par le mot *usage* qui se pratique dans les affaires de même nature.

1962. On entend par la *loi,* les disp tions relatives à des cas sur lesquels parties n'ont pas fait connaître leur in tion.

SECTION VII. *Des contrats qui peuvent être r qués à la requête de ceux qui n'y ont pa parties.*

1963. Les contrats considérés quan leurs effets sur les biens, ont pour but d'en transférer la propriété, ou d'y c ner quelque droit déterminé.

1964. Tout acte fait par un débiteur a l'intention de priver son créancier droit éventuel qu'il a sur ses biens, illégal, et doit être révoqué en ce concerne ce créancier.

1965. *Comme* 1157, 1re *partie,* C. F.

1966. Cette action révocatoire ne p être exercée que quand le débiteur pas de biens suffisants pour payer ce est dû à ses créanciers, ou quand il cession de biens ou un autre acte même nature.

1967. Elle ne peut être exercée ind duellement par un créancier jusqu'à que sa créance ait été liquidée par un gement.

1968. Le défendeur sur l'action révo toire peut demander la discussion biens qui appartiennent au débiteur ginaire, avant aucun jugement su procès intenté pour révoquer le cont

1969 à 1972. Le demandeur sur l'ac révocatoire peut cumulativement dem der la révocation du contrat et la liqu tion de sa créance. En cas d'annulati l'objet aliéné rentre dans la masse.

1973. Le contrat ne sera révoqué cette action que s'il est fait en fraude au préjudice des créanciers.

1974. Si le débiteur originaire a c tracté avec une personne de bonne en ayant l'intention de frauder ses cré ciers, le contrat ne peut être révoqu

1975. Lorsque le contrat est puren gratuit, il sera présumé avoir été fai fraude des créanciers, si, à l'époqu il a été passé, le débiteur ne posséd pas au-dessus du montant de ses de deux fois la valeur de la chose dont ainsi disposé à titre gratuit.

1976. Si le contrat est onéreux, fait en fraude de la part du débiteu de bonne foi de la part de l'autre pa et que la valeur de la cause excède cinquième le prix qui a été donné créanciers peuvent faire révoquer le

CODE SARDE.

155 à 1459. *Comme* 1341 à 1346, C. F.

160. Les règles ci-dessus reçoivent exception, nt aux contrats qui peuvent être passés sous g privé, lorsqu'il y a un commencement de uve par écrit. (1347, C. F.)

n appelle ainsi tout écrit émané de celui tre lequel la demande est formée, ou de ii qu'il représente et qui rend vraisemblable ıit allégué.

61. *Comme* 1348. C. F.

SECTION III. *Des présomptions.*

62. *Comme* 1349, C. F.

§ 1. Des présomptions établies par la loi.

63 à 1465. *Comme* 1350 à 1352, C. F.

66. Quant aux jugements rendus en pays ngers, on agira de la même manière qu'on ise dans ces pays à l'égard des jugements us par les tribunaux de l'État, sans préjud ce règles et des usages suivis pour leur mise à ution. (2123, § 3, C. F.; 456, *C. Proc. franç.*) (1)

Des présomptions qui ne sont point établies par la loi.

67. *Comme* 1353, C. F.

SECTION IV. *De l'aveu de la partie.*

8 à 1470. *Comme* 1354 à 1356, C. F.

1. L'aveu judiciaire cependant ne produit ffets qui lui sont attribués par l'article prét, que lorsqu'il est fait par une personne ble de s'obliger.

veu des tuteurs et administrateurs ne préie aux personnes placées sous leur autorité, orsqu'il est fait dans les cas où la loi leur et d'obliger ces personnes, et en suivant les es qu'elle détermine.

SECTION V. *Du serment.*

2. Le serment, de quelque espèce qu'il soit,

(1) En France un jugement étranger doit, dans tous s, être rendu exécutoire par les tribunaux franvant de pouvoir exercer aucune autorité dans le 121, ordonn. de 1629, cour de cass., du 19 avril

CODE PRUSSIEN.

du payement, et que le prix n'en ait pas été déterminé, le créancier peut, dans un court délai, rendre la chose et demander le payement.

Mais il n'en serait pas de même si le créancier avait accepté la chose pour un certain prix.

242. Cependant il peut demander le payement avec toutes les sûretés qu'il avait dans l'origine, dans le cas où un tiers ferait valoir des droits sur cette chose dans le délai d'un an. Si la revendication n'est formée qu'après une année, le créancier ne peut exercer qu'une action en garantie contre le débiteur.

SECTION V. *Des délégations ou assignations.*

(Tit. XVI. Part. I.)

251. Quand il s'agit de sommes excédant 50 écus, l'assignation doit avoir lieu par écrit et être acceptée de même. (1341, C. F.)

256. Le délégué est tenu d'accepter la délégation si son obligation n'est ni augmentée, ni aggravée. (1690, C. F.)

259. Quand la délégation est acceptée, le débiteur ne peut refuser le payement au nouveau créancier. (1250, C. F.)

262. Par la délégation, la dette primitive n'est éteinte que quand il y a convention expresse; mais dans ce cas, et lorsque le délégué y consent, il y a délégation parfaite; c'est alors que tout rapport cesse entre le débiteur et le créancier primitif. (1275, C. F.)

268. Le délégant doit notifier au délégué la délégation. (1690, C. F.)

274. Jusqu'à l'acceptation, le créancier peut révoquer la délégation. (*Id.* § 2.)

277. Le délégataire doit exiger le payement dans les quatorze jours de l'échéance.

280. Si le délégué refuse l'acceptation, le délégataire doit en prévenir aussitôt le subrogeant.

283. Si la délégation a été acceptée et que le payement n'ait pas été opéré, le délégataire aura l'option ou d'actionner le délégué, ou d'exercer son recours contre le délégant.

297. Ces règles ne s'appliquent pas aux délégations entre commerçants.

SECTION VI. *De la compensation.*

300. La compensation s'opère lorsque deux personnes sont simultanément débitrices l'une envers l'autre. (1289, C. F.)

301. Elle s'opère de plein droit, à l'insu même des débiteurs. (1290, C. F.)

304. Lorsque le créancier demande son payement à un des débiteurs solidaires, celui-ci peut compenser la dette avec ses propres créances; mais il ne peut exercer de compensation avec les créanciers d'un de ses codébiteurs qu'autant que celui-ci les lui aurait cédées. (1294, C. F.)

308. La compensation a lieu entre le débiteur d'une succession et un des héritiers avant le partage, à moins d'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

328. La compensation a également lieu entre le créancier et la caution. (1294, 2e §, C. F.)

331. On ne peut compenser avec le mandataire d'un créancier que les dettes du créancier, et non celles du mandataire.

332. Les dettes des curateurs et tuteurs ne peuvent être compensées avec les créances dues à leurs pupilles.

336. L'époux peut compenser ses propres créances avec les dettes de sa femme.

343. On ne peut compenser que des obligations exigibles et de la même nature, quoique la cause en soit différente. (1291, C. F.)

350. Si les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, il faut déduire du montant de la compensation les frais de remise et de transport. (1296, C. F.)

363. Le dépositaire ou l'emprunteur d'une chose non fongible ne peut pas refuser de la restituer sous prétexte de compensation. (1293, C. F.)

366-370. On ne peut exercer aucune compensation avec des pensions alimentaires, ni au préjudice d'un tiers. (*Ibid.*)

371. La compensation ne peut s'exercer, quand il s'agit d'obligations à faire, que lorsqu'elles sont susceptibles d'être estimées à prix d'argent, et qu'il est indifférent qu'elles soient remplies par une personne ou par une autre.

372. Le débiteur peut renoncer au bénéfice de la compensation.

376. Le fait seul qu'on a payé sans faire valoir la compensation, ne prouve pas la nullité de la contre-créance.

CODE FRANÇAIS.	CODE DE LA LOUISIANE.

CHAPITRE VI. *De la preuve des obligations, et de celle du payement.*

1315. Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

1316. Les règles qui concernent la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les sections suivantes.

SECTION I. *De la preuve littérale.*

§ 1. Du titre authentique.

1317. L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

1318. L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

1319. L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause.

Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

1320. L'acte soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition, ne peuvent servir que d'un commencement de preuve.

1321. Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers.

§ 2. De l'acte sous seing privé.

1322. L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

1323. Celui auquel on oppose un acte sous seing privé, est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature.

Ses héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur.

1324. Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature; et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.

1325. Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt.

Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.

Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte.

1326. Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose.

Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service.

1327. Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre, lors même que l'acte ainsi que le *bon* sont écrits en entier de la main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.

1328. Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire.

1329. Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées; sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

1330. Les livres des marchands font preuve contre eux; mais celui qui en veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

1331. Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre lui : 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un payement reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation.

1332. L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur.

Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

§ 3. Des tailles.

1333. Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font et reçoivent en détail.

---

trat et reprendre la chose en rembour
le prix avec les intérêts.

1977. Si la partie avec laquelle le
a contracté est aussi de mauvaise foi
n'aura droit à aucun remboursemen
prix.

1978. Néanmoins, si la fraude
siste que dans la préférence qu'u
cier aurait obtenue sur les autre
ciers, il ne perdra que l'avantage
recherché.

1979-1980. Tout contrat sera censé
été fait en fraude des créanciers, lo
le créancier contractant savait que l
biteur était insolvable et qu'il s'était
curé un avantage sur les autres cr
ciers.

1981-1982. Les ventes faites dans le c
ordinaire des affaires d'une partie, so
l'abri de toute révocation; il en es
même des contrats faits pour assure
payement d'une dette légitime.

1983. Le payement anticipé fait au d
teur insolvable est fait en fraude
droits des créanciers.

1984 à 1985. Le payement d'une d
par anticipation, la renonciation à
succession ou à un droit de propriété
remise gratuite d'une dette et tous
actes semblables sont susceptibles de
vocation.

1986. Les créanciers ne peuvent re
rir une séparation de biens entre ép
ni obliger leur débiteur à accepter
donation entre vifs, ni l'accepter
place : ils ne peuvent non plus obliger
cohéritier de leur débiteur à faire un
port, lorsque leur débiteur n'a pas ex
ce droit.

1987. Ils ne peuvent affecter au p
ment de leurs dettes (comme les d
personnels et ceux d'usufruit des b
d'un mineur), les droits aux revenu
biens dotaux et aux sommes dues pou
laire d'emploi public, pour des gages
pour récompense de services person

1988. L'action révocatoire n'est p
acquise au créancier pour un contra
térieur à sa créance.

1989. Cette action se prescrit par u
de la part d'un créancier, du jour d
gement, et de la part des syndics ou
présentants des créanciers collectif
jour de leur nomination.

CHAPITRE IV. *Des différentes*
d'obligations.

SECTION I. *Des différentes espèces d'obliga*

1990-1991. Les obligations ordinaire
stipulées peuvent être divisées de la
nière suivante, savoir : En personne
transmissibles ou réelles; en sim
conditionnelles; en obligations à te
sans terme, relativement au temps
exécution; en obligations conjoncti
alternatives; en conjointes, séparé
solidaires, relativement aux parties
divisibles ou indivisibles, relativeme
leur nature; en obligations pénale
non pénales, relativement à leur for

SECTION II. *Des obligations personnelles, t*
missibles et réelles.

1992. Une obligation est purement
sonnelle lorsque nul, excepté le cr

CODE SARDE.	CODE PRUSSIEN.
re prêté par la personne même, et non par dé de pouvoir.	377. La compensation s'opère lors même qu'une créance serait prescrite au moment où le débiteur actionnerait pour le remboursement de sa propre créance, à moins cependant que cette prescription n'eût été acquise lors de l'exigibilité de cette dernière créance.
Comme 1357, C. F.	
§ 1. Du serment décisoire.	*De la remise de la dette.*
Le serment décisoire peut être déféré elque espèce de contestation civile que ce	381. La renonciation à un droit doit être expresse ; mais elle peut être tacite quand il s'agit d'exceptions à une action.
	387. Une renonciation verbale est valable, s'il s'agit d'un contrat qui eût pu lui-même être contracté verbalement.
peut avoir pour objet un fait incriminé oi, une convention pour la validité de la- la loi requiert un instrument public, ni égation d'un fait qu'un acte authentique e s'être passé par-devant l'officier public reçu. (1358, C. F.)	390. La remise du titre original fait seulement présumer la renonciation ; mais ne la prouve pas. (1282, C. F. *diff.*) 392. Les renonciations doivent être acceptées comme les donations, à l'exception de celles faites en justice.
Il ne peut être déféré que sur un fait nel à la partie à laquelle on le défère ; *il tre cependant sur la simple science d'un* 59, C. F.)	396. Celui qui a la capacité de contracter, a la faculté de renoncer à son droit. (1124, C. F.)
477. *Comme* 1360-1361, C. F.	*De la novation.*
La partie à laquelle le serment a été dé- e peut plus le référer, si elle a déclaré ête à faire ce serment.	454. La novation s'opère lorsqu'une obligation nouvelle est substituée à l'ancienne. (1271, C. F.) 455. Si l'obligation nouvelle est de nature à ne pouvoir exister en même temps que l'ancienne, celle-ci est éteinte tacitement.
Comme 1362, C. F.	456. Tant qu'on est capable de recevoir ou d'effectuer des payements, on peut aussi faire ou accepter une novation. (1272, C. F.)
Lorsque le serment déféré ou référé a , l'adversaire n'est point recevable à en la fausseté.	458. Le débiteur solidaire, qui fait avec le créancier commun une novation, libère les autres débiteurs.
endant la fausseté en a été établie par un nt crim nel, les effets civi s du serment e n'en subsistent pas moins, sauf à celui udice duquel il a été fait, à exercer l'ac- dommages et intérêts qu'il peut avoir en n jugement criminel. (1363, C. F.)	464 à 466. Si la novation est nulle, l'ancienne obligation reste valide. 467. La nullité de l'obligation primitive ne rend pas nulle une novation valable ; mais on peut contester la nouvelle obligation de la même manière que l'on peut exercer la répétition d'un payement. 469. Les priviléges inhérents à l'obligation primitive sont éteints par la novation. (1278, C. F.)
Comme 1364, C. F.	471. Il en est de même du droit de gage.
Celui qui a déféré ou référé le serment, dispenser l'adversaire qui a déclaré t à le faire ; dans ce cas le serment est t.	472. La caution qui n'a pas consenti à la novation, ne répond pas de la nouvelle obligation. (1281, 2e §, C. F.)
Comme 1365, C. F.	*De la confusion.*
§ 2. Du serment déféré d'office.	476. Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il s'opère une confusion, qui éteint les deux obligations. (1300, C. F.)
1487. *Comme* 1366 à 1369, C. F.	479. Si l'acte qui opère la confusion est révocable, les droits et obligations restent suspendus pendant la confusion.
	481. La confusion provenant de succession n'empêche pas l'exécution de l'obligation, lorsque l'hérédité doit être transmise à un héritier substitué.
	484. Les créances hypothécaires ne sont confondues que lors de leur radiation sur les registres publics.
	486. Le bénéfice d'inventaire empêche la confusion.
	489. Celui qui accepte une succession sans réserve, ne peut plus faire valoir ses droits sur l'hérédité au préjudice des autres créanciers et légataires.
	490. La confusion au profit de l'héritier ne peut nuire aux droits des créanciers, légataires ou cohéritiers ; on impute au contraire sur sa part ce qu'il doit à la succession.
	492. Les créances ou les dettes communes ne se confondent pas si l'un des obligés devient le créancier ou le débiteur de la communauté.
	495. Il n'est apporté aucun changement aux droits du créancier, si le débiteur succède à la caution ou réciproquement ; ni aux devoirs du débiteur, si le créancier succède à la caution ou la caution au créancier.
	497. La caution est déchargée si le créancier succède au débiteur ou réciproquement. (1301, C. F.)

CODE FRANÇAIS.

§ 4. Des copies des titres.

1334. Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

1335. Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes.

1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original ; il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.

2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui en cette qualité son dépositaire des minutes, peuvent; en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes.

Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans ;

Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui en cette qualité sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit.

4° Les copies de copies ne pourront suivant les circonstances être considérées comme simples renseignements.

1336. La transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit, et il faudra même pour cela :

1° Qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier ;

2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l'acte a été fait à la même date.

Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circonstances la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus.

§ 5. Des actes récognitifs et confirmatifs.

1337. Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée.

Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet.

Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

1338. L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.

A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées

CODE DE LA LOUISIANE.

ne peut contraindre à son exécution, ou lorsque l'exécution n'en peut être ex
que contre le débiteur.
L'obligation est transmissible lorsque les héritiers de l'une ou de l'autre partie
vent contraindre les héritiers de l'autre à l'exécution du contrat.
L'obligation est réelle lorsqu'elle est attachée à une propriété immobilière et p
avec elle, dans quelques mains qu'elle se trouve, sans rendre le tiers posses
personnellement responsable.
1993 à 1998. L'obligation peut être personnelle et transmissible quant au créan
et quant au débiteur, et contraindre leurs héritiers, à toutes ses suites.
1999 à 2003. Sont personnelles : l'obligation de payer une rente viagère ; l'oblig
de faire et les contrats de louage, de mandat et de société. — 2004. Tous les d
acquis, en vertu d'une obligation transmissible, peuvent être cédés et transpo
2005 à 2007. Les obligations réelles peuvent être contractées de trois manières
1° En aliénant un bien-fonds sous une charge réelle, expresse ou qui s'indui
dispositions de la loi ;
2° En aliénant la propriété d'un bien-fonds en faveur d'une personne, et en a
dant à une autre quelque droit réel à exercer sur cet immeuble;
3° En donnant un droit d'hypothèque sur ce bien.
2008. Les obligations réelles qui sont imposées comme conditions de l'amélior
d'un bien-fonds sont susceptibles de toutes les modifications que la volonté des
ties peut suggérer.
2009 à 2014. Sont obligations réelles, celles de fournir un chemin au public
servitudes, baux, loyers, hypothèques, rentes affectant un immeuble, etc.

SECTION III. *Des obligations simples et conditionnelles.*

2015. Une obligation simple est celle qui ne dépend, pour son exécution, d'a
événement prévu par les parties.
2016. *Comme* 1168, C. F. — 2017 à 2020. *Comme* 1169 à 1171, C. F.
2021 à 2025. Les conditions sont expresses ou tacites. Elles forment partie intég
du corps de l'obligation et sont soumises aux mêmes règles d'interprétation. —
2029. *Comme* 1172 à 1174, C. F.
2030-2031. L'obligation n'est cependant pas nulle lorsqu'elle consiste à ce q
débiteur fasse ou ne fasse pas un certain acte, ou lorsqu'il est stipulé que sa c
dépend de la volonté du créancier, comme un bail ou une vente à réméré. — 2
2037. *Comme* 1175 à 1180, C. F.
2038-2039. *Comme* 1181-1182, C. F. — 2040-2041. *Comme* 1183-1184, C. F.
2042. Dans tous les cas, la résolution d'un contrat peut être demandée par a
ou par voie d'exception ; et lorsque la condition résolutoire repose sur un événe
qui ne dépend pas de la volonté de l'une ou de l'autre des parties, le contra
résolu de plein droit.

SECTION IV. *Des obligations à terme ou sans terme.*

2043-2044. Le terme ou le temps donné pour l'exécution de l'obligation peut
sister dans un laps de temps déterminé ou dans un événement, pourvu qu'il soit
tain dans le cours de la nature.
2045. Lorsqu'aucun terme n'a été fixé par les parties pour l'exécution, l'oblig
doit être exécutée immédiatement, à moins que le contraire ne résulte de la n
de l'acte.
2046 à 2048. *Comme* 1185 à 1187, C. F. — 2049. Lorsqu'il y a cession de biens v
taire ou forcée, toutes les dettes du failli seront censées être échues.
2050-2051. Si la sûreté ou la caution donnée pour assurer le payement d'une
à terme devient insuffisante, le créancier peut exiger ou une meilleure garantie
remboursement.
2052-2053. On a jusqu'au coucher du soleil du dernier jour du terme, non co
celui du contrat pour payer la dette.
2054 à 2056. Lorsque les termes consistent en mois ou en années, on observe l'
du calendrier.

SECTION V. *Des obligations conjonctives et alternatives.*

2057-2058. Une obligation conjonctive est celle où les différentes choses qui e
l'objet, sont jointes par une conjonction ou de toute autre manière qui prouv
toutes sont séparément comprises dans le contrat.
2059. Mais si diverses sont comprises sous un nom général, l'obligation n'e
conjonctive.
2060. La promesse de payer une somme à différents termes constitue une obli
conjonctive ; et les payements peuvent être faits ou exigés séparément.
2061. Lorsque les choses qui sont le sujet d'un contrat sont séparées par un
jonctive, l'obligation est alternative. — 2062 à 2069. *Comme* 1189 à 1196, C. F.
2070. Lorsque plusieurs obligations alternatives sont divisées pour leur exé
en différents termes, le choix d'une des alternatives n'oblige pas les parties à f
même choix pour les autres termes.

CODE FRANÇAIS.

ı loi, emporte la renonciation aux moyens ·eptions que l'on pouvait opposer contre cet sans préjudice néanmoins du droit des

ı9. Le donateur ne peut réparer par aucun ·onfirmatif les vices d'une donation entre- ulle en la forme; il faut qu'elle soit refaite forme légale.

ı0. La confirmation ou ratification, ou exé- ı volontaire d'une donation par les héritiers ·ants cause du donateur, après son décès, rte leur renonciation à opposer soit les de forme, soit toute autre exception.

SECTION II. *De la preuve testimoniale.*

·1. Il doit être passé acte devant notaires ou ·ignature privée, de toutes choses excédant nme ou valeur de cent cinquante francs, : pour dépôts volontaires; et il n'est reçu ıe preuve par témoins contre et outre ıtenu aux actes, ni sur ce qui serait al- avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, e qu'il s'agisse d'une somme ou valeur dre de cent cinquante francs;

tout sans préjudice de ce qui est prescrit les lois relatives au commerce.

·2. La règle ci-dessus s'applique au cas où ɔn contient, outre la demande du capital, emande d'intérêts qui, réunis au capital, ant la somme de cent cinquante francs.

·3. Celui qui a formé une demande excédant cinquante francs, ne peut plus être admis reuve testimoniale, même en restreignant nande primitive.

4. La preuve testimoniale, sur la demande somme même moindre de cent cinquante ;, ne peut être admise lorsque cette somme clarée être le restant ou faire partie d'une ce plus forte qui n'est point prouvée par

5. Si dans la même instance une partie fait ·urs demandes dont il n'y ait point de titre ·rit, et que, jointes ensemble, elles excè- la somme de cent cinquante francs, la e par témoins n'en peut être admise, en- ɪue la partie allègue que ces créances pro- ent de différentes causes, et qu'elles se : formées en différents temps, si ce n'était ·s droits procédassent, par succession, do- ı ou autrement, de personnes différentes.

·6. Toutes les demandes, en quelque titre e soit, qui ne seront pas entièrement justi- par écrit, seront formées par un même ex- après lequel les autres demandes dont il ıra point de preuves par écrit ne seront pas s.

·7. Les règles ci-dessus reçoivent exception u'il existe un commencement de preuve par

appelle ainsi tout acte par écrit qui est é de celui contre lequel la demande est for- ou de celui qu'il représente, et qui rend ·mblable le fait allégué.

48. Elles reçoivent encore exception toutes is qu'il n'a pas été possible au créancier de ocurer une preuve littérale de l'obligation été contractée envers lui.

tte seconde exception s'applique:

Aux obligations qui naissent des quasi-con- et des délits ou quasi-délits;

Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incen- ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits es voyageurs en logeant dans une hôtellerie, ıt suivant la qualité des personnes et les nstances du fait;

Aux obligations contractées en cas d'acci- ; imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait ıctes par écrit;

Au cas où le créancier a perdu le titre qui ervait de preuve littérale, par suite d'un

CODE DE LA LOUISIANE.

2071. Si une obligation est contractée envers divers créanciers, ou si une disposition testamentaire est faite en faveur de différents héritiers ou légataires d'une manière alternative, cette obligation sera censée provenir d'une erreur dans la rédaction de l'acte, et sera interprétée d'une manière conjonctive.

SECTION VI. *Des obligations séparées, conjointes et solidaires.*

2072 à 2078. Les obligations sont séparées lorsque ce qui est promis par une partie ne l'est pas par l'autre, et lorsque chacune d'elles promet séparément une chose distincte, elles sont *conjointes par rapport aux débiteurs*, lorsque plusieurs personnes s'engagent à faire une chose en commun; *et conjointes par rapport aux créanciers*, lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent à faire une chose à leur profit.

2079. Lorsque diverses obligations ont été contractées par le même acte, elles n'ont pas d'autres effets que si elles avaient été stipulées par des contrats séparés.

2080 à 2082. Dans tout procès sur une obligation conjointe, on doit y appeler tous les débiteurs. Le jugement doit être rendu contre chaque débiteur en particulier pour sa part.

2083 à 2085. *Comme* 1197 à 1199, C. F. — 2086 à 2102. *Comme* 1200 à 1216, C. F. — 1203. Il y a plusieurs contrats dont la loi déclare l'obligation solidaire, sans stipulation. C'est ce qui est établi dans les chapitres qui traitent de ces contrats.

SECTION VII. *Des obligations divisibles et indivisibles.*

2104 à 2106. *Comme* 1217 à 1219, C. F. — 2107-2108. *Comme* 1220-1221, C. F. — 2109 à 2112. *Comme* 1222 à 1226, C. F.

SECTION VIII. *Des obligations avec clauses pénales.*

2113. *Comme* 1226, C. F. — 2114. Une obligation pénale suppose nécessairement deux contrats: l'un qui consiste à donner ou à faire ce qui constitue le principal objet du contrat, et l'autre qui consiste à donner ou à faire quelque chose, si l'objet principal de la convention n'est pas accompli.

2115. La clause pénale est un accessoire de l'obligation principale; elle est due à défaut de son accomplissement.

2116 à 2118. La peine n'est point encourue s'il y a une excuse légitime pour la non-exécution de l'obligation principale. Mais si l'obligation est sujette à une condition, tous les risques sont pour le débiteur.

2119 à 2125. *Comme* 1227 à 1232, C. F.

CHAPITRE V. *De la manière dont les obligations peuvent être éteintes.*

SECTION I. *Du payement.*

2126. *Comme* 1234; C. F. — 2127-2128. On entend par payement non-seulement la délivrance d'une somme d'argent, mais l'exécution de ce à quoi les parties se sont respectivement obligées.

2129-2130. *Comme* 1235-1236, C. F. — 2131. Un tiers peut pour l'avantage du débiteur mettre le créancier en demeure, en lui offrant de remplir l'obligation pour le débiteur à l'insu de celui-ci.

2132. *Comme* 1237, C. F. — 2133. Mais lorsque l'obligation de faire peut être aussi bien exécutée par le tiers qui offre à l'accomplir que par le débiteur, elle peut être exécutée par ces tiers; ou bien le créancier peut être mis en demeure de l'accepter.

2134 à 2136. *Comme* 1238-1239, C. F. — 2137 à 2140. Si les pouvoirs sont révoqués ou cessent, le payement fait au porteur de ces pouvoirs ne déchargera le débiteur que s'il a ignoré la révocation.

2141. Le payement fait de bonne foi au porteur légal du titre de la créance est valable.

2142. Un pouvoir spécial de vendre renferme le pouvoir de recevoir le prix, à moins que le contraire ne résulte des termes du pouvoir. — 2143. *Comme* 2141, C. F.

2144. Mais si l'incapacité de recevoir le payement provient de la privation des droits civils par l'effet d'une sentence de condamnation, le payement ne sera pas valable, quand même la chose payée aurait été employée pour l'utilité du créancier.

2145-2146. *Comme* 1242-1243, C. F. — 2147-2148. Mais si la chose qu'il a été convenu de livrer consiste dans un objet déterminé, et que cet objet soit détruit avant le temps stipulé par sa délivrance, le débiteur peut être obligé de donner, et le créancier de recevoir le prix de cet objet, évalué au temps de sa livraison.

2149. *Comme* 1244, C. F. — 2150. Si la somme due est composée de différents arrérages, la libération peut s'opérer partiellement par chaque dette distincte; mais le créancier n'est pas obligé de recevoir les loyers d'un terme postérieur à celui qui lui est dû.

CODE FRANÇAIS.

cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.

SECTION III. *Des présomptions.*

1349. Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

§ 1. Des présomptions établies par la loi.

1350. La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; tels sont :

1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions d'après leur seule qualité;

2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées;

3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée;

4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.

1351. L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait le jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

1352. La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe.

Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve du contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

§ 2. Des présomptions qui ne sont point établies par la loi.

1353. Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

SECTION IV. *De l'aveu de la partie.*

1354. L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

1355. L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible.

1356. L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait.

Il ne peut être divisé contre lui.

Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

SECTION V. *Du serment.*

1357. Le serment judiciaire est de deux espèces.

1° Celui qu'une partie défère à l'autre pour

CODE DE LA LOUISIANE.

2151 à 2163. *Comme* 1245 à 1257, C. F. — 2164. *Comme* 1258, C. F. Le 2e § *n'est reproduit.*

2165. Le mode suivant lequel les offres réelles et la consignation doivent être fai est tracé par les lois sur la procédure devant les tribunaux.

2166-2167. *Comme* 1265-1266, C. F. — 2168. La cession de biens volontaire est c qui est faite à la requête même du débiteur; et la cession forcée est celle qui ordonnée à la requête des créanciers, ou de quelques-uns d'entre eux. — 2169. deux cessions sont soumises à des formalités spéciales.

2170 à 2172. *Comme* 1267 à 1270, C. F. — 2173. Une cession de biens libère le d teur de toutes les dettes portées sur son bilan, en y comprenant celles qui causées par ses délits et quasi-délits, si une majorité de ses créanciers en nom et à qui il est dû plus de la moitié de la masse des dettes, consent à cette décha

2174 à 2176. Le débiteur conservant la propriété des biens dont il a fait la cess il en résulte que s'il paye avant la vente, il rentre en leur possession, et qu surplus du prix qui a servi à désintéresser les créanciers lui revient.

2177. Les créanciers de ceux en faveur desquels une cession a été faite ne peuv pas saisir les biens cédés, mais seulement les créanciers de leurs débiteurs.

2178. Les créanciers ne peuvent jamais prescrire par aucun laps de temps la priété des biens saisis.

2179. Le débiteur n'est point obligé de comprendre dans les biens qu'il cède effets qui ne sont pas sujets à être saisis.

2180. Toute vente de biens cédés à des créanciers doit être faite avec les mê formalités que la vente des biens saisis sur exécution.

SECTION II. *De la novation.*

2181. La novation est un contrat qui renferme deux stipulations : l'une d'étei une obligation existante, et l'autre d'en substituer une nouvelle à sa place.

2182. Pour constituer une novation il faut qu'il ait existé, au temps où elle a contractée, une obligation valable.

2183. L'obligation antérieure doit être éteinte en totalité, autrement il n'y a p de novation.

2184. Toutes espèces d'obligations sont sujettes à novation. — 2185 à 2194. *Co* 1271 à 1281, C. F.

SECTION III. *De la remise de la dette.*

2195-2196. *Comme* 1282 à 1284, C. F. — 2197. La remise d'une dette est touj présumée avoir été acceptée par le débiteur, et elle ne peut être révoquée pa créancier.

2198. La délivrance faite au débiteur d'une copie authentique de l'acte notarié lequel l'obligation est contractée ne forme pas à elle seule une présomption d remise de la dette.

2199 à 2202. *Comme* 1285 à 1288, C. F.

SECTION IV. *De la compensation.*

2203-2204. *Comme* 1289-1290, C. F. — 2205. *Comme* 1291, 1er §, C. F. — 2206 à *Comme* 1292 à 1299, C. F.

SECTION V. *De la confusion.*

2214-2215. *Comme* 1300-1301, C. F.

SECTION VI. *De la perte de la chose due.*

2216-2217. *Comme* 1302-1303, C. F.

SECTION VII. *De l'action en nullité ou en rescision des conventions.*

2218 à 2228. *Comme* 1304 à 1314, C. F.

CODE FRANÇAIS.

faire dépendre le jugement de la cause; il est
pelé *décisoire*.
2° Celui qui est déféré d'office par le juge à
ne ou à l'autre des parties.

§ 1. Du serment décisoire.

1358. Le serment décisoire peut être déféré
quelque espèce de contestation que ce soit.
1359. Il ne peut être déféré que sur un fait
rsonnel à la partie à laquelle on le défère.
1360. Il ne peut être déféré en tout état de
use, et encore qu'il n'existe aucun commen-
nent de preuve de la demande ou de l'excep-
n sur laquelle il est provoqué.
1361 Celui auquel le serment est déféré, qui
refuse ou ne consent pas à le référer à son
versaire, ou l'adversaire à qui il a été référé
qui le refuse, doit succomber dans sa demande
dans son exception.
1362. Le serment ne peut être référé quand le
t qui en est l'objet n'est point celui des deux
rties, mais est purement personnel à celui
quel le serment avait été déféré.
1363. Lorsque le serment déféré ou référé a
fait, l'adversaire n'est point recevable à en
ouver la fausseté.
1364. La partie qui a déféré ou référé le ser-
nt, ne peut plus se rétracter lorsque l'adver-
re a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.
1365. Le serment fait ne forme preuve qu'au
ofit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au
ofit de ses héritiers et ayants cause ou contre
x.
Néanmoins le serment déféré par l'un des
anciers solidaires au débiteur, ne libère
ui-ci que pour la part de ce créancier;
Le serment déféré au débiteur principal libère
alement les cautions;
Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires
ofite aux codébiteurs;
Et celui déféré à la caution profite au débiteur
ncipal.
Dans ces deux derniers cas, le serment du co-
biteur solidaire ou de la caution ne profite aux
tres codébiteurs ou au débiteur principal que
sq'il a été déféré sur la dette, et non sur le
t de la solidarité ou du cautionnement.

§ 2. Du serment déféré d'office.

1366. Le juge peut déférer à l'une des parties
serment, ou pour en faire dépendre la déci-
n de la cause, ou seulement pour déterminer
montant de la condamnation.
1367. Le juge ne peut déférer d'office le ser-
nt, soit sur la demande, soit sur l'exception
i y est opposée, que sous les deux conditions
vantes; il faut :
1° Que la demande ou l'exception ne soit pas
inement justifiée;
2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de
uves.
Hors ces deux cas, le juge doit en adjuger ou
eter purement et simplement la demande.
1368. Le serment déféré d'office par le juge à
ne des parties, ne peut être par elle référé à
utre.
1369. Le serment sur la valeur de la chose de-
ndée ne peut être déféré par le juge au de-
ndeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible
constater autrement cette valeur.
Le juge doit même, en ce cas, déterminer la
mme jusqu'à concurrence de laquelle le de-
ndeur en sera cru sur son serment.

CODE DE LA LOUISIANE.

CHAPITRE VI. *De la preuve des obligations et de celle du payement.*

2229-2230. *Comme* 1315-1316, C. F.

SECTION I. *De la preuve littérale.*

2231. L'acte authentique en matière de convention est celui qui a été reçu par un notaire public ou autre officier autorisé à en exercer les fonctions en présence de deux témoins libres, mâles et âgés d'au moins quatorze ans, ou de trois témoins si la partie contractante est aveugle. Si la partie ne sait pas signer, le notaire doit lui faire apposer à l'acte sa marque ordinaire.
2232-2233. *Comme* 1318-1319, C. F. — 2234. La confession de payement faite dans un acte authentique ne peut pas être contestée sous le prétexte de l'exception de *non numerata pecunia*, laquelle demeure abolie.
2235-2236. *Comme* 1320-1321, C. F. — 2237. On peut faire sous signature privée tous les actes que les lois positives n'ont pas ordonné de passer par-devant notaire.
2238. Il n'est pas nécessaire que ces actes soient écrits de la main des contractants, pourvu qu'ils soient sginés d'eux.
2239 à 2241. *Comme* 1322 à 1324, C. F. — 2242. Les ventes ou échanges de biens-fonds et d'esclaves faits par acte sous signature privée, sont valables du jour de leur enregistrement chez le notaire ou de leur livraison.
2243. Les ventes ou échanges de biens mobiliers sont nuls contre les acquéreurs de bonne foi et les créanciers, à moins que la possession n'en ait été délivrée avant qu'ils n'aient obtenu un droit par possession.
2244 à 2246. *Comme* 1330 à 1332, C. F. — 2247. Les copies d'actes certifiées conformes à la minute par les notaires qui en sont dépositaires font foi de ce qui est contenu en la minute, sauf le cas où il serait prouvé que ces copies sont inexactes.
2248-2249. Lorsque le titre original ou la minute n'existe plus, les copies font foi et suppléent l'original, si elles sont certifiées conformes à la minute par le notaire, ou à l'acte enregistré par l'officier public autorisé à cet effet.
2250. L'enregistrement d'un acte qui contient la vente ou l'échange d'un immeuble n'a d'effet qu'autant que cet acte a été reconnu antérieurement, ou prouvé par le serment d'un témoin présent.
2251 à 2254. *Comme* 1337 à 1340, C. F.

SECTION II. *De la preuve testimoniale.*

2255. Tout acte d'aliénation de biens-fonds ou d'esclaves doit être rédigé par écrit; s'il a été fait verbalement, il sera valable contre le vendeur et l'acheteur, s'ils en avouent sous serment l'existence et s'il y a eu délivrance.
2256. Il ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes. (1341, C. F.)
2257. Toute convention verbale relativement à des meubles ou à un payement, lorsque leur valeur n'excède pas 500 piastres, pourra se prouver par la déposition d'au moins un témoin, accompagnée de circonstances qui la corroborent. (1342, C. F.)
2258. Si un acte est perdu ou détruit, on pourra en prouver le contenu, pourvu que la perte en soit établie. Dans ce cas un cautionnement peut être exigé par le juge de paix.
2259. Dans tous les cas où un acte perdu sert de base à une demande judiciaire ou à la défense qui y est faite, on doit prouver qu'il a été donné avis de cette perte dans quelque papier public et que les moyens convenables avaient été pris pour recouvrer la possession.
2260. Les témoins en matière civile doivent avoir quatorze ans, jouir de leurs droits civils et n'avoir aucun intérêt dans la contestation. (285, C. *proc. franç.*)
2261. Le témoin qui est parent de l'une des parties jusqu'au quatrième degré en ligne colatérale, ou à ses gages, ou de couleur libre, n'est pas reprochable, mais sa déposition n'a pas le même degré de confiance.
2262. L'avocat ou le procureur ne peuvent donner leur témoignage sur les confidences de leurs clients, sans leur consentement.

SECTION III. *Des présomptions.*

2263 à 2267. *Comme* 1349 à 1353, C. F.

SECTION IV. *De l'aveu de la partie.*

2268 à 2270. *Comme* 1354 à 1356, C. F.

CODE FRANÇAIS.

TITRE IV.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

CHAPITRE 1er.

Des quasi-contrats.

1370. Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.

Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs ou des administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée.

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre.

1371. Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.

1372. Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire.

Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire.

1373. Il est obligé de continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction.

1374. Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille.

Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant.

1375. Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.

1376. Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.

1377. Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier.

Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du payement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur.

1378. S'il y a eu mauvaise foi de la

CODE DE LA LOUISIANE(1).

TITRE V.

DES QUASI-CONTRATS, ET DES DÉLITS ET QUASI-DÉLITS.

2271. *Comme* 1370, C. F.

CHAPITRE 1er.

Des quasi-contrats.

2272. *Comme* 1371, C. F.

2273. Mais il y en a deux espèces principales qui donnent particulièrement lieu aux quasi-contrats, savoir: la gestion d'affaires et le payement d'une chose non due.

2274. *Comme* 1372, C. F.

2275. Celui qui ne s'est immiscé que dans une affaire, n'est point obligé de se charger d'une autre, lorsqu'il n'y a point de connexité entre les deux.

2276 à 2279. *Comme* 1373 à 1376, C. F.

2280-2281. *Comme* 1235, C. F.

2282. Une chose non due est celle qui est payée sur la proposition d'une obligation qui n'existait pas, ou d'un engagement dont on se trouvait libéré.

2283. On regarde aussi comme non dû ce qui a été payé en vertu d'un titre nul.

2284. Le payement auquel on pouvait se soustraire par une exception qui éteignait la dette donne également lieu à la répétition.

2285. Mais il faut que cette exception soit telle, qu'elle anéantisse même l'obligation naturelle.

2286. On a payé une chose non due quand le payement a été fait en vertu d'une convention dont l'effet est suspendu par une condition dont l'événement est incertain.

(1) Les articles 1324 à 1340 du CODE DES DEUX-SICILES, qui constituent le titre des *Engagements qui se forment sans conventions*, étant entièrement semblables aux articles 1370 à 1386 du Code Français, nous avons jugé inutile de leur consacrer une colonne.

CODE SARDE.

TITRE VII.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

1488. *Comme* 1370, C. F.

CHAPITRE Ier.

Des quasi-contrats.

1489 à 1496. *Comme* 1371 à 1378, C. F.

1497. Celui qui a reçu indûment une chose, est tenu de la restituer en nature, si elle existe; si elle est périe ou détériorée, il doit, dans le cas où il l'a reçue de mauvaise foi, en restituer la valeur, lors même que la perte ou la détérioration n'est arrivée que par cas fortuit; s'il l'a reçue de bonne foi, il n'est tenu à en restituer la valeur que jusqu'à concurrence de ce dont il a profité. (1376, C. F.)

1498-1499. *Comme* 1380-1381, C. F.

CHAPITRE II.

Des délits et des quasi-délits.

1500 à 1504. *Comme* 1382 à 1386, C. F.

1505. Celui qui a un juste motif de craindre que son fonds, ou toute autre chose dont il est en possession, ne soit menacé d'un dommage considérable et prochain, par un bâtiment, par un arbre ou par un autre objet de même nature qu'un autre individu posséderait dans le voisinage, peut, en exposant le fait au juge, requérir, selon la diversité des circonstances, qu'il prescrive les mesures convenables pour obvier au danger qui est dénoncé, ou que le voisin soit condamné à fournir caution pour le payement des dommages que l'état actuel des choses pourrait occasionner.

1506. Celui qui a lieu de craindre que le nouvel œuvre qu'un individu aura entrepris sur son propre héritage ou sur celui d'un autre, ne cause du dommage à son fonds, pourra, dans l'année à compter de l'époque où l'ouvrage aura été commencé, et avant qu'il soit terminé, en faire la dénonciation au juge, afin qu'il statue provisoirement, jusqu'à ce qu'il ait été définitivement prononcé sur les droits respectifs des parties.

1507. Le juge, après avoir pris connaissance du fait, pourra, suivant les circonstances, faire suspendre le nouvel œuvre, ou en permettre la continuation: s'il ordonne la suspension des travaux, il exigera, s'il y échet, les sûretés convenables pour le payement des dommages que l'injonction faite à celui qui les a entrepris peut lui occasionner; si au contraire il en permet la continuation, il exigera les mêmes sûretés pour le cas de démolition ou de réduction du nouvel œuvre, et pour les dommages que pourrait supporter celui qui en a fait la dénonciation.

CODE DU CANTON DE VAUD.

TITRE II.

DES ENGAGEMENTS QUI [SE] FORMENT SANS CONVE[N]TION.

1022. *Comme* 1370, C. [F.]

CHAPITRE I.

Des quasi-contrats.

1023 à 1033. *Comme* 13[7]1 à 1381, C. F.

1034. *Comme* 656, C. F.

1035. Pareillement, lor[s] qu'il y a deux ou plusieu[rs] propriétaires d'une ma[i]son commune, et que l'u[n] d'eux refuse ou néglig[e] d'y faire les réparatio[ns] nécessaires pour en em[-] pêcher la ruine, celui [ou] ceux qui ont réparé a[u]ront contre leur copr[o]priétaire une créance pr[o]portionnelle à la part [de] celui-ci dans la maiso[n] commune.

1036. La même règle [a] encore lieu dans le cas [où] le propriétaire d'une pa[r]tie distincte d'une maiso[n] ne fait pas les réparatio[ns] nécessaires pour emp[ê]cher la ruine d'une aut[re] partie de la même maiso[n].

Si la réparation néglig[ée] était en entier à la charg[e] de l'un des propriétaire[s] la créance sera due p[ar] lui dans sa totalité.

CHAPITRE II.

Des délits et des quas[i-] délits.

1037-1038. *Comme* 13[82] et 1383, C. F.

1039. *Comme* 1384, C. F[.] *dernier § supprimé.*

1040-1041. *Comme* 138[5-] 1386, C. F.

CODE HOLLANDAIS.

TITRE III.

OBLIGATIONS QUI NAISSENT DE LA LOI.

SECTION I.

ispositions générales.

388. Les obligations de oi, résultent de la loi le, ou de la loi par te d'un fait de l'homme. es obligations qui naist de la loi seules sont ités dans les deux pre- rs livres du présent e.

389. Les obligations qui ssent de la loi par suite n fait de l'homme, ré- ent d'un fait licite ou n fait illicite.

SECTION II.

obligations qui résultent d'un fait licite.

390 à 1393. *Comme* 1372 375, C. F.

394. Celui qui a géré aire d'autrui sans man- , n'a droit a aucun sa- e.

395 à 1397. *Comme* 1375 377, C. F.

398. Celui qui, de mau- se foi, a reçu une chose ne lui était pas due, t la restituer avec les érêts ou les fruits, du r du payement, indé- ndamment des domma- et intérêts, si la chose détériorée. (1378, C. F.) i la chose est périe, me par cas fortuit, il a tenu d'en payer la eur, avec les domma- et intérêts, à moins il ne prouve qu'elle fût lement périe chez ce- auquel elle devait être tituée.

399. *Comme* 1380, C. F. *st ajouté ce § :* 'il a aliéné la chose à e gratuit, il ne doit n restituer; et celui l'a reçue en demeure priétaire.

400. *Comme* 1381, C. F. *st ajouté ce § :* e possesseur a le droit retention jusqu'au nboursement de ces penses.

SECTION III.

s obligations qui ré- ltent d'un fait illicite.

401 à 1405. *Comme* 1382 386, C. F.

406-1407. En cas d'ho- cide involontaire, et

CODE BAVAROIS.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTIONS ET DES QUASI-CONTRATS.

Liv. IV. Chap. XIII.

1. Chacun est censé vouloir ce qui lui paraît utile. Personne ne doit s'enrichir au détriment d'autrui. (1370, C. F.)

Celui qui veut profiter d'un fait doit aussi en supporter les conséquences.

De ces principes résultent les quasi-contrats.

2. Celui qui gère volontairement les affaires d'autrui doit continuer et achever sa gestion, et doit agir en bon père de famille. (1372 à 1374, C. F.)

Mais d'un autre côté les engagements qu'il prend obligent le maître de la chose; il doit être indemnisé des avances qu'il a faites dans l'intérêt de l'affaire. (1375, C. F.)

On répond même des fautes les plus légères dans la gestion des affaires d'autrui, en trois cas :

1° Lorsqu'on s'y est immiscé contre la défense du propriétaire;

2° Lorsque par l'effet de sa gestion on a écarté un plus habile gérant;

3° Lorsqu'on entreprend une gestion périlleuse, ou qui demande des connaissances particulières dont on manque.

3. Celui qui a reçu ce qui ne lui est pas dû, s'oblige, lui et ses héritiers, à la restitution.

4. Lorsqu'il y a contestation sur la cause d'une promesse, le créancier doit prouver la dette, si sa cause n'est pas exprimée dans le contrat. Si elle y est énoncée, le débiteur doit en prouver la fausseté.

5. Si le payement a été effectué et que celui qui l'a reçu le nie, il faut que l'un prouve le payement et l'autre la dette.

6. Dans le cas où un versement de fonds serait fait, celui qui l'a opéré doit prouver que sa cause n'est pas une dette.

Des délits.

7. Le propriétaire d'un animal est responsable du dommage qu'il occasionne, à moins qu'il ne préfère l'abandonner, ce qu'il peut toujours faire si c'est un animal domestique. (1385, C. F., *diff.*)

8. Le propriétaire d'une maison est responsable du dommage causé par la chute de choses tombées ou jetées de cette maison; mais il a son recours contre l'auteur du dommage.

CODE AUTRICHIEN.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

Chapitre XII.

1035 à 1037. Celui qui, sans mandat, se mêle des affaires d'autrui, répond de toutes les conséquences de sa gestion. Mais s'il ne s'y immisce que dans le but d'empêcher un dommage imminent, la dépense qu'il a faite doit lui être remboursée, lors même que ses soins seraient demeurés infructueux. Il en est de même, lorsque par suite de sa gestion il a procuré des avantages considérables aux tiers.

1038. Si le mandataire bénévole a fait à la chose des changements nuisibles, il doit ou remettre la chose dans son état primitif ou payer une indemnité.

1039. Celui qui a commencé à gérer les affaires d'autrui sans mandat, doit achever sa gestion et en rendre compte comme un mandataire. (1372, C. F.)

1040. Celui, qui, contre la volonté manifeste d'un tiers, se mêle de ses affaires, lui doit des dommages et intérêts, et perd tous les frais qu'il a avancés.

1042. Celui qui débourse pour un tiers une somme que celui-ci aurait dû payer légalement, peut demander le remboursement. (1475, C. F.)

1043. Celui qui sacrifie sa chose pour un intérêt commun, a droit à une indemnité proportionnelle.

Des délits, quasi-délits et dommages-intérêts.

1293. Il faut distinguer entre dommage et privation de gain (1149, C. F.)

1294. Le dommage provient d'un délit, d'une négligence ou du hasard. Le délit peut être volontaire ou involontaire.

1295. Il faut réparer le dommage causé par sa faute. (1382, C. F.)

1296. La présomption est toujours que le dommage n'a pas été occasionné par la faute d'un autre.

1298. Celui qui prétend avoir été empêché sans sa faute de remplir ses devoirs, doit le prouver.

1299. Celui qui entreprend un ouvrage doit avoir les connaissances et les talents nécessaires pour l'accomplir.

1300. Un expert ou un homme de l'art qui donne des conseils qu'il se fait rétribuer, répond de leur utilité.

1301. Si plusieurs personnes sont coupables d'un dommage elles en répondent solidairement, à moins que ce dommage ne provienne que d'une faute, et non d'une préméditation, et si la part respective peut être déterminée.

CODE PRUSSIEN.

Des délits et quasi-délits.

(Titre VI. Ire Partie.)

1. Le dommage est l'atteinte portée à la condition d'une personne quant à son corps, son honneur ou sa fortune.

7-10 Celui qui offense un individu avec intention, ou par faute grave, ou par omission d'un devoir, lui doit une satisfaction complète, c'est-à-dire la réparation du dommage éprouvé et du profit perdu.

12. Quand il s'agit d'une faute moins grave, on ne doit que l'indemnité du dommage réel.

18. L'indemnité complète, pour faute grave ou intentionnelle, doit être donnée, alors même qu'il y aurait également faute de la part de l'offensé.

24. Le fait de celui qui a causé le dommage, doit être prouvé.

28. La responsabilité du dommage passe aux héritiers de l'offenseur.

29. Lorsque le dommage provient du fait de plusieurs, ils répondent solidairement en cas de faute grave ou intentionnelle.

36-37. On ne doit pas d'indemnité pour un dommage causé par l'exercice de son droit, à moins qu'entre plusieurs manières de l'exercer, on n'ait choisi à dessein celle qui pouvait être préjudiciable.

40. Celui qui se met dans un état où il ne dispose pas librement de ses facultés, répond du dommage qu'il a causé dans cet état. (1383, C. F.)

41. Si des furieux ou des enfants au-dessous de sept ans causent un dommage, on ne peut en poursuivre la réparation sur leur fortune qu'après avoir discuté celle de leurs parents ou de leurs curateurs.

Cette action ne peut même être exercée sur les biens de ces incapables qu'à la charge de leur laisser la jouissance de ce qui est nécessaire pour leur entretien ou leur éducation.

45. Celui qui agit par ordre de son supérieur et d'une manière non prohibée par les lois, n'est exposé à aucune responsabilité. (114, 2e §, C. *pénal français.*)

Le mandant ne répond pas du dommage causé par le mandataire, lorsque le mandat écrit n'est pas désapprouvé par les lois et qu'il n'y a pas eu faute grave dans le choix du mandataire.

54. L'action en dommages-intérêts (sauf le cas d'un contrat) est prescrite trois ans après qu'on a eu connaissance du fait; et trente ans après le fait, si on n'en a pas eu connaissance. (2262, C. F.)

56 On répond du dommage causé faute de surveillance par

CODE FRANÇAIS.

part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts les fruits, du jour du payement.

1379. Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute; il est même garant de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi.

1380. Si celui qui a reçu de bonne foi, a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente.

1381. Celui auquel la chose est restituée, doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose.

1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

1384. On est responsable non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux;

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

1385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût égaré ou échappé.

1386. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

CODE DE LA LOUISIANE.

2287. Il ne faut point étendre ce principe aux choses dues à jour certain, ni aux conditions qui doivent certainement arriver.

2288 à 2290. *Comme* 1377 à 1379, C. F.

2291. *Comme* 1380, C. F. *Il est ajouté :*

S'il a reçu de mauvaise foi, il doit, outre cette restitution, indemniser pleinement celui qui a payé.

2292. *Comme* 1381, C. F.

2293. Toutes personnes, même celles qui sont incapables de consentement, peuvent, par le quasi-contrat résultant du fait d'un tiers, être obligées envers lui et l'obliger envers elles.

CHAPITRE II.

Des délits et quasi-délits.

2294 à 2299. *Comme* 1382 à 1384, C. F. *Il est ajouté :*

Les tuteurs et curateurs des mineurs et des insensés sont responsables du dommage causé par ceux qui sont sous leur garde.

2300. Les maîtres d'esclaves sont responsables du dommage causé par eux, sauf l'abandon qu'ils peuvent faire de leurs personnes.

2301. Le propriétaire d'un animal est responsable du dommage qu'il a causé; mais si l'animal était perdu ou égaré depuis plus d'un jour, il peut se décharger de cette responsabilié en l'abandonnant à celui qui a souffert le dommage.

Il faut excepter le cas où le maître a laissé échapper un animal dangereux ou malfaisant. (1385, C. F.)

2302. *Comme* 1386, C. F.

2303. Le dommage causé ne s'estime pas toujours à la valeur réelle de la chose détruite ou gâtée; il est sujet à être réduit suivant les circonstances, si le propriétaire de la chose l'a imprudemment exposée.

2304. Celui qui fait commettre à un tiers un acte illicite, ou l'aide ou l'encourage à le commettre, est responsable, solidairement avec lui, du dommage causé par ce fait.

CODE HOLLANDAIS.

même de blessures p imprudence, le conjoin les enfants, et les père mère qui vivaient du tr vail de la personne tu ou blessée, ont une acti en dommages-intérêts.

1408. Des dommages-i térêts seront égaleme accordés quand il s'agi d'injures. Le juge les xera selon la gravité fait, la fortune des pa ties et selon les circo stances. (*L. franç. du mai* 1819.)

1409. Le plaignant pe en outre demander q le jugement rendu sur fait déclaré calomnie soit affiché.

1410. L'inculpé peut pr venir les poursuites en d mandant pardon deva le juge.

1411. Cette action pe être exercée à l'occasi de diffamations envers défunt par ses parents ligne ascendante et de cendante.

1412. Il n'y a pas d'inju sans intention expresse

1413. L'action civile sera pas recevable si vérité du fait résulte d' jugement ou d'un ac authentique, à moins q l'intention d'insulter soit bien évidente.

1414. Les six articl précédents ne pourro pas être appliqués en c de réconciliation.

1415. La mort de l'i culpé ou de la person injuriée n'annule p l'action prévue par l'a ticle 1408.

1416. L'action civi pour injure est prescri un an après la connai sance du fait.

CODE AUTRICHIEN.

1304. Si une partie du dommage a été commise par celui qui a oit à l'indemnité, il devra supporter une part proportionelle du mmage.

1305. On ne répond pas du dommage que l'on cause à autrui en ant légalement de ses droits.

1306-1307. En général celui qui cause à autrui un dommage involontairement, et sans sa faute, n'est tenu à aucune réparation : ais si par sa propre faute, il est privé passagèrement de sa raison, répond du dommage qu'il occasionne dans cet état.

1308-1309. Les gardiens des imbeciles et des enfants répondent du mmage occasionné par ceux-ci, s'il y a négligence de leur part et la partie lésée n'a pas par son fait donné lieu au dommage. (1384, F.)

1309. Le juge, lorsqu'il sera appelé à prononcer, accordera une inmnité proportionnée à la fortune de la partie lésée et de celle de uteur du dommage.

1311. Un dommage occasionné par le hasard est supporté par celui i l'éprouve, à moins qu'un autre n'y ait donné lieu par négligence autrement.

1313. En général on ne répond pas du fait d'un autre, et lorsque s lois prononcent cette responsabilité, on a toujours un recours à ercer contre lui. Sauf les exceptions dans les cas suivants :

1314. Ainsi, on répond envers le propriétaire de la maison et ses locataires du dommage occasionné par un domestique entré au rvice sans attestation, ou par un imbécile, ou par un criminel que n a recueilli chez soi.

1315. Celui qui a confié la gestion d'une affaire à un incapable ou une personne d'un caractère dangereux, est responsable du dommage qui peut en résulter pour un tiers.

1316. Les aubergistes, les patrons de navire et les voituriers répondent du dommage causé par leurs préposés dans leurs fonctions. 384. C. F.)

1318. Si quelqu'un éprouve un dommage par suite de la chute d'un bjet du haut d'une maison, le propriétaire du logement d'où la ose est tombée sera responsable des suites de l'événement.

1320. Si quelqu'un est blessé par un animal, celui qui l'a excité ou i a négligé de le garder est responsable du dommage ; mais si aune faute semblable n'existe, on considère le dommage comme un cident. (1385, C. F.)

1321-1322. On n'a pas le droit de tuer l'animal d'autrui que l'on ouve sur son fonds, mais seulement de le chasser ou de le mettre fourrière, jusqu'à ce que le propriétaire fournisse caution. 53, *Code pénal français*.)

1323. S'il y a mauvaise intention ou négligence grossière, on doit n dédommagement et en outre des dommages-intérêts pour le gain rdu ; dans tous les autres cas, on doit un dédommagement seulenent. (1382, C. F.)

1325. Celui qui fait une blessure à autrui, lui doit les frais de guéson, le gain perdu ou à perdre, et encore une indemnité pour ses uffrances.

1326. Si la personne blessée a été défigurée, on lui doit encore un édommagement, surtout lorsque c'est une femme.

1327. Si la mort s'en suit, on doit à la femme et aux enfants du éfunt une indemnité proportionnée à leur perte.

1328. Celui qui débauche une femme et la rend enceinte, paye les ais de l'accouchement, sauf les devoirs résultant du chapitre 3, e partie, et sauf l'action des lois criminelles.

1329. Celui qui prive un individu de sa liberté illégalement, lui oit des dommages-intérêts et son élargissement. S'il ne peut pas le ire élargir, il est tenu d'indemniser sa femme et ses enfants, omme s'il avait occasionné sa mort. (341, *Code pénal français*.)

1330. On répond aussi des suites d'une calomnie.

CODE PRUSSIEN.

le fait d'un individu de la direction duquel on est chargé. (1384, C. F.)

60 à 69. Le maître ne répond pas, en règle générale, du dommage causé par ses domestiques, à moins qu'il n'ait pu l'empêcher, ou qu'il n'ait eu connaissance de leur incapacité, de leur négligence ou de leur méchanceté ; il en est de même à l'égard des ouvriers, des apprentis et des locataires.

Cependant, dans les cas où l'action en responsabilité est ouverte contre les maîtres et les propriétaires, elle ne s'exerce sur leurs biens qu'autant que ceux des domestiques, ouvriers ou locataires sont déclarés insuffisants. (1384, C. F.)

70. Celui qui entretient des bêtes sauvages, répond de tous les dommages occasionnés par elles.

73. Mais quand ce sont des animaux domestiques, les dommages-intérêts ne sont dus que dans le cas de négligence dans leur garde. (1385, C. F.)

75. Celui qui irrite un animal nuisible ou non, répond des dommages occasionnés par cet animal.

79. La personne responsable doit remettre la chose dans son état primitif, et en cas d'impossibilité en payer le prix même d'affection, si le dommage a été causé avec intention de nuire.

98. Celui qui tue un homme doit à la mère et aux enfants tous les frais de médecin, enterrement, etc. ; et s'il y a faute grave ou intention coupable, il doit payer une pension alimentaire à la veuve et subvenir à l'éducation et à l'entretien des enfants, lors même que ceux-ci posséderaieut une fortune suffisante.

103. S'il y a faute légère, il ne doit que l'entretien absolument nécessaire.

111. S'il s'agit de blessures, la victime peut toujours réclamer les frais de guérison ; et s'il est laboureur ou bourgeois de condition commune, il a droit à une indemnité pour les douleurs par lui souffertes.

115. Si par suite d'une blessure la personne est incapable d'exercer son art ou sa profession, elle doit être indemnisée de tous les avantages qu'elle a perdus, tant que dure son incapacité.

123. Une femme non mariée qui est défigurée par une blessure, peut demander une dot à celui qui l'a causée. Cette dot sera fixée par le juge, selon l'état de la personne blessée et le degré de culpabilité de son auteur ; s'il ne peut payer le capital, il en servira les intérêts à 5 pour cent l'an.

132. Celui qui aura fait incarcérer un individu et le juge qui aura accordé illégalement cette incarcération, sont solidairement responsables envers la personne victime de cet acte arbitraire. (2063, C. F.)

TABLE DES MATIÈRES.

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

SUITE DU TITRE III.

Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

CHAPITRE V.

SECTION III.

SECTION IV.

SECTION V.

SECTION VI.

SECTION VII.

CHAPITRE VI.

SECTION PREMIÈRE.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.


U d'/of OTTAWA
39003008539925

